

Anvendelsesområdet for strukturelle justeringer i internprising

- En sammenligning med omgåelsesnormen og vurdering av høyesterettspraksis

Kandidatnummer: 228

Leveringsfrist: 15.01.2015

Antall ord: 39.717



Innholdsfortegnelse

1. INNLEDNING	1
1.1 FRAMSTILLINGENS EMNE OG AKTUALITET.....	1
1.2 RETTSLIG PROBLEMFORMULERING	2
1.3 AVGRENSNINGER.....	3
1.4 OVERSIKT OVER VIDERE DISPOSISJON	5
2 RETTSKILDEBILDET.....	5
2.1 INNLEDNING	5
2.2 SKATTEAVTALENES ARTIKKEL 9 PUNKT 1.....	6
2.3 SKATTELOVEN § 13-1 – TILORDNINGSBESTEMMELSEN.....	7
2.4 OECDs RETNINGSLINJER	9
3 VILKÅRENE FOR STRUKTURELL JUSTERING	14
3.1 INNLEDNING	14
3.2 OVERSIKT OVER BEVISREGLER, KLASIFISERING, OMGÅELSE OG STRUKTURELL JUSTERING.....	14
3.2.1 Faktumfastsettelse (bevisbedømmelse).....	15
3.2.2 Klassifisering.....	17
3.2.3 Omklassifisering.....	24
3.2.4 Et konkret eksempel på forholdet mellom de tre nivåer.....	25
3.3 FELLESVILKÅRENE FOR PRISJUSTERING OG STRUKTURELL JUSTERING	26
3.3.1 Interessefellesskap.....	27
3.3.2 Inntektsreduksjon	28
3.3.3 Årsakssammenheng.....	31
3.3.4 En sammenligning av fellesvilkårene med den ulovfestede omgåelsesnorm	31
3.4 GJELDER DET ET SÆREGENT VILKÅR OM SKATTEBESPARELSESHENSIKT FOR STRUKTURELL JUSTERING?.....	35
3.5 DET METODISKE UTGANGSPUNKT FOR STRUKTURELL JUSTERING – AVTALEFRIHET	35
3.6 ORDLYDEN I ART. 9 (1) ANNET LEDD.....	36
3.6.1 En sammenligning med ordlyden i § 13 (1).....	39
3.7 SOM-STRUKTURERT PRINSIPPET I PUNKT 1.64.....	39
3.8 GRENSEDRAKNINGEN MELLOM STRUKTURELLE VILKÅR OG PRISVILKÅR	41
3.9 REKKEVIDDEN AV SOM-STRUKTURERT PRINSIPPET	44
3.9.1 Innledning	44
3.9.2 Ulike tolkningsvarianter av ”økonomisk substans”	45
3.10 ØKONOMISK SUBSTANS- OG KOMMERSIELL RASJONALITETSUNNTAKET.....	49
3.10.1 Generelle trekk ved unntakene	49
3.10.2 Det økonomisk substansunntaket.....	52
3.10.3 Det kommersielle irrasjonalitetsunntaket	56

4	I HVILKEN GRAD ER VILKÅRENE FOR STRUKTURELLE JUSTERINGER REFLEKTERT I NORSK RETTSPRAKSIS?	78
4.1	INNLEDNING	78
4.2	I HVILKE ULIKE SITUASJONER OPPSTÅR SPØRSMÅLET OM RETNINGSLINJENES RELEVANS OG VEKT?	79
4.3	RETNINGSLINJENES RETTSKILDESTATUS I SKATTEAVTALESITUASJONER, § 13-1 (4) FØRSTE PUNKTUM	80
4.4	RETNINGSLINJENES RETTSKILDESTATUS UTENFOR SKATTEAVTALESITUASJONER, § 13-1 (4) ANNET PUNKTUM	82
4.4.1	Problemstilling	82
4.4.2	Relevans	82
4.4.3	Vekt	84
4.5	"SELSKAPSFREMMEDE DISPOSISJONER" I HØYESTERETTSPRAKSIS – KONSTRUERT RATIO DECIDENDI?	85
4.5.1	Innledning	85
4.5.2	Storhaugen Invest (Rt. 2003 s. 536) – Sakens faktum	86
4.5.3	Problemstillinger	86
4.5.4	Hva besto den strukturelle justering i?	87
4.5.5	Anvendelse av Retningslinjene punkt 1.64 – 1.69 på "selskapsfremmede" disposisjoner representert ved Storhaugen Invest	89
4.5.6	En alternativ forståelse av Storhaugen Invest – ikke krav om "klart mer attraktivt"?	93
4.5.7	Oppsummering av Rt. 2003 s. 536 Storhaugen Invest – Fornebo-standardens versus RTA-standardens	96
4.6	ØVRIG RETTSPRAKSIS OM AKSJONÆRTRANSAKSJONER – RT. 2014 S. 614 ALBIR	97
4.7	STRUKTURELL JUSTERING AV ANSVARLIG LÅNEKAPITAL – LYSE ENERGI II DOMMEN	99
4.7.1	Innledning om ansvarlige lån	99
4.7.2	Lagmannsrettens dom i Lyse Energi II – Sakens faktum	100
4.7.3	Spørsmålet om strukturelle justering formuleres eksplisitt i problemstillingen	100
4.7.4	Lagmannsrettens drøftelse av vilkårene for strukturell justering	101
5	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	103
5.1	METODEN VED STRUKTURELLE JUSTERINGER	103
5.2	STRUKTURELLE JUSTERINGER – ET TILNÆRMET UBESKREVET BLAD I HØYESTERETTSPRAKSIS	106
6	LITTERATURLISTE	107
6.1	JURIDISK LITTERATUR	107
6.1.1	Bibliografi	107
6.1.2	Artikler	107
6.2	HØYESTE- OG LAGMANNSRETTSAVGJØRELSE	108
6.3	LIGNINGSPRAKSIS	109
6.4	LOVER	109
6.5	FORARBEIDER OG DEPARTEMENTALE SKRIV	109
6.6	INTERNASJONALE RETTSKILDER	110

1. Innledning

1.1 *Framstillingens emne og aktualitet*

Internprising har vært et sentralt rettsområde i internasjonal skatterett helt siden OECD vedtok Mønsteravtalen i 1963 og de første retningslinjer vedrørende tolkningen av dennes artikkel 9 i 1979. Imidlertid ble det så tidlig som i 1934 gitt forskrifter i USA som anvendte armlengdeprinsippet. Dette var første gang uttrykket "arm's length" ble benyttet.¹

Armlengdeprinsippet har senere fått sin autoritative forankring i Mønsteravtalens artikkel 9 med tilhørende retningslinjer senest revidert i 2010.² Prinsippet innebærer typisk at ligningsmyndighetene kan justere priser fastsatt av parter i et interessefellesskap til den pris som ville ha vært avtalt mellom uavhengige parter som handler på det åpne marked.³ Det er denne funksjon som grunnlag for prisjustering mellom parter i et interessefellesskap som har stått i fokus når armlengdeprinsippet er blitt beskrevet i retningslinjer og juridisk litteratur. Armlengdeprinsippets betydning for justering av andre kontraktsvilkår enn pris, har inntil nylig vært lite behandlet i juridisk litteratur.⁴

Det er antatt at ca. 60 % av verdenshandelen i dag finner sted mellom parter i et interessefellesskap.⁵ Riktig inntektsallokering mellom skattejurisdiksjonene er derfor av stor betydning. Det kan imidlertid være grunn til å anta at skatteplanlegging i økende grad vil bestå av manipulering av avtalestruktur, snarere enn ren prismanipulering. Desto større anledning skattemyndighetene har til å gripe inn i avtalestrukturen, jo mindre rom vil det bli for skattebesparende tilpasning.

Oppgavens hovedtema er ligningsmyndighetenes adgang til å foreta endringer av avtalens struktur, i motsetning til ren prisjustering. Den strukturelle justeringen utgjør et forstadium for å foreta en etterfølgende prisjustering basert på den restrukturerte transaksjon. Det er viktig å påpeke at dette er en toleddet prosess. En strukturell justering vil således alltid etterfølges av en ordinær prisjustering basert på den restrukturerte avtale. Formålet med en strukturell endring er således å legge til rette for en etterfølgende prisjustering.

¹ Bjerke, Internprising 1997, s. 46

² OECD Komm. art 9 para 1. Jeg kommer i det følgende hovedsakelig til å referere til Retningslinjene i engelsk originalversjon (2010).

³ OECD retningslinjer 95 kapittel I-3

⁴ Andreas Bullens avhandling "Arm's Length Transactions Structures" fra 2010 vitaliserer imidlertid emnet.

⁵ Ot. Prp. Nr. 62 (2006-2007) s. 5

Sammenhengen mellom strukturelle justeringer og etterfølgende prissetting basert på den restrukturerte transaksjon kan illustreres med et eksempel vedrørende captive forsikring. I internasjonale konserner kan det være hensiktsmessig å opprette egne forsikringsselskap (captives) som eies av morselskapet. Et captive forsikringsselskap vil fortrinnsvis forsikre risiko for selskapene i konsernet. Det vil således foreligge et interessefellesskap mellom forsikringsgiver (captivet) og forsikringstaker (typisk morselskapet). Da en rekke captives er registrert i lavskatteland⁶, mens forsikringstaker typisk opererer i høyskatteland, vil det være skattemessig fordelaktig å avtale høye forsikringspremier. Med høye forsikringspremier vil inntekten i større grad allokteres til captivet i lavskattelandet, mens morselskapet oppnår fradrag for forsikringspremien og således lavere skattbar inntekt.⁷ En slik høyere forsikringspremie enn hva som er gjengs i markedet, vil simpelthen kunne fastsettes ved at partene enes om en kunstig høy pris på forsikringen.

En mer raffinert kunstig manipulasjon av pris vil imidlertid kunne gjennomføres ved at avtalens struktur tilpasses slik at forsikringspremien øker. Det er for eksempel anerkjent i forsikringsbransjen at det er sammenheng mellom premiebetaling og egenandel; lav egenandel vil således forsvare høy premie. Dersom egenandelen settes kunstig lavt, vil dette være et strukturelt vilkår som vil kunne tenkes restrukturert slik at egenandelen oppjusteres med lavere premie som følge. Prissettingen av premien i henhold til armlengdeprinsippet vil dernest bygge på den oppregulerte egenandelen, slik at premien fastsettes som om det var avtalt en høyere egenandel i utgangspunktet.⁸ Med utgangspunkt i dette konkrete eksempelet, er spørsmålet i oppgaven under hvilke omstendigheter ligningsmyndighetene kan oppjustere egenandelen med konsekvenser for etterfølgende prissetting av forsikringspremien.

1.2 Rettslig problemformulering

Oppgavens tema vil være å undersøke i hvilken grad OECDs Modellavtale art. 9 punkt 1 gir ligningsmyndighetene anledning til å restrukturere skattyters avtalestruktur for å øke dennes skattepliktige inntekt. Ettersom armlengdeprinsippet er kommet til uttrykk i art. 9, og således styrer tolkningen av art. 9, vil problemstillingen kunne formuleres slik:

⁶ De mest populære domisiler for captives synes å være Bermuda og Cayman, jf. Business Insurances 2011, Captive Report.

⁷ Rt. 1995 s. 124 Dowell Schlumberger slår fast at forsikringspremier betalt til et konserninternt forsikringsselskap (captive), kan fradragsføres etter skatteloven § 6-1 "forutsatt at det er en reell forsikringsdekning som kjøpes". Dette i motsetning til selvforsikring ved avsetning til et selvassuransefond, jf. manglende reduksjon i formuesstillingen, jf. ordlyden "oppofrelse" i § 6-1.

⁸ Eksempelet er inspirert av Rt. 2001 s. 1265 Agip, en avgjørelse jeg kommer tilbake til.

Under hvilke omstendigheter gir armlengdeprinsippet ligningsmyndighetene adgang til ikke bare å justere priser, men også benytte prinsippet til å endre andre deler av skattyternes avtalestruktur?

Dette spørsmålet, om i hvilken grad ligningsmyndighetene kan restrukturere skattyternes avtalestruktur i medhold av armlengdeprinsippet, kan splittes i to underproblemstillinger som vil bli drøftet i oppgaven:

1. I hvilken grad må ligningsmyndighetene anerkjenne den faktisk foretatte transaksjon?

2. Hva er vilkårene for å restrukturere skattyters opprinnelige avtalestruktur?

Disse to problemstillingene henger svært tett sammen, i det skattemyndighetenes fravær av plikt til å anerkjenne den faktisk foretatte transaksjon, kan sees på som et vilkår for å restrukturere skattyters opprinnelige avtalestruktur.

1.3 Avgrensninger

Oppgavens tema er som nevnt å behandle vilkårene for å foreta strukturelle justeringer. Det innebærer at en rekke sentrale emner innenfor internprisingsmaterien ikke vil bli behandlet som sådan på grunn av avledet relevans i forhold til oppgavens problemstilling. Dette gjelder blant annet internprisingsmetodene, som er hjelpemidler for å fastsette en korrekt internpris. Behandlingen av internprisingsmetodene har ikke direkte betydning for vilkårene for strukturelle justeringer og behandles derfor ikke som sådan.⁹ I det hele, vil ikke spørsmål som berører følgene av en strukturell justering drøftes særskilt. Prissettingsprosessen basert på den restrukturerte avtale vil således heller ikke belyses nærmere.

Denne avgrensningen fører også til at det må trekkes en grense mot sammenlignbarhetsanalyse og justeringer av den ukontrollerte transaksjon for å eliminere forskjeller i avtalestruktur. Armlengdeprinsippet og internprisingsmetodene bygger på at den kontrollerte transaksjon (den transaksjon som vurderes prisjustert) må sammenlignes med en ukontrollert transaksjon foretatt mellom uavhengige parter. Utfordringen med slike sammenligninger er at to transaksjoner sjeldent er identiske med hensyn til avtalestruktur. Ulikheter i struktur kan derfor lede til at en ukontrollert transaksjon er uegnet som sammenligningsgrunnlag hvis ikke "reasona-

⁹ Internprisingsmetodene kan imidlertid være relevant bakgrunnstoff når grensen mellom ren prisjustering og strukturell justering skal trekkes.

bly accurate adjustments can be made to eliminate the material affect of such differences”.¹⁰ Slike justeringer for å gjøre den kontrollerte og ukontrollerte transaksjon sammenlignbare kan materielt sett ligne på en strukturell justering ved at eksempelvis risiko, leveringsbetingelser, oppgjørsmåte og garantiforpliktelser endres.

Det er imidlertid viktig å holde sammenlignbarhetsjusteringer adskilt fra de type strukturelle justeringer som er oppgavens tema. For det første har de to typene justeringer ulikt formål. Tanken bak en sammenlignbarhetsjustering er å endre den ukontrollerte transaksjons struktur for således å gjøre den sammenlignbar med den kontrollerte transaksjonens struktur. Ved sammenlignbarhetsjusteringen beholdes altså den kontrollerte transaksjonens struktur uendret og styrer derfor justeringen av den ukontrollerte transaksjon. Ved strukturell justering er det nettopp den kontrollerte transaksjonens struktur som endres. Den restrukturerte kontrollerte transaksjon danner deretter grunnlaget for en sammenlignbarhetsanalyse og styrer de justeringer som eventuelt må gjøres av den ukontrollerte transaksjon for at denne skal bli tilstrekkelig sammenlignbar. I tillegg til at justeringene dreier seg om ulike transaksjoner, foretas de også på ulike stadier. En strukturell justering foretas i forkant av en sammenlignbarhetsanalyse og danner premiss for hvilke transaksjoner som er sammenlignbare, mens en sammenlignbarhetsjustering foretas på en senere tidspunkt. Dertil kommer at vilkårene for å foreta en strukturell justering er strengere enn for å foreta en sammenlignbarhetsjustering.¹¹ Sammenlignbarhetsjusteringer vil, til tross for at de kan ligne strukturelle justeringer i sitt materielle innhold, av disse grunner ikke bli nærmere behandlet i oppgaven.

Det vil videre avgrenses mot strukturelle justeringer i relasjon til Permanent Establishments under OECDs mønsteravtale art. 7. Det følger av art. 7 (2) at armlengdeprinsippet styrer allokeringen av inntekt mellom et PE og andre deler av foretaket som filialen er en del av. De ”dealings” som her gjøres innen foretaket skiller seg fra de transaksjoner som gjøres mellom to assosierte foretak ved at det er tale om ett skattesubjekt. Imidlertid følger det av OECDs kommentarer at som-strukturert prinsippet og unntakene fra dette vedrørende strukturell justering kommer analogisk til anvendelse i PE-situasjonen.¹² Den behandling som her foretas av strukturelle justeringer vil således også være relevant ved allokeringen etter art 7 (2), men PE-situasjonen vil ikke behandles særskilt. Armlengdebestemmelsene i mønsteravtalens art. 11 (6) og 12 (4) kan gi tolkningsmateriale, men vil heller ikke behandles som sådan.

¹⁰ OECDs retningslinjer punkt 2.34. I norsk oversettelse er en kontrollert transaksjon sammenlignbar med en ukontrollert transaksjon ”dersom ingen av forskjellene mellom transaksjonene vesentlig kunne ha påvirket den faktor som granskes gjennom metodologien (for eksempel pris eller margin), eller dersom rimelig presise justeringer kan gjøres for å eliminere den vesentlige effekt av slike forskjeller”, jf OECD 95 D1.

¹¹ Bullen (2010) s. 216 og 218

¹² OECDs kommentarer art. 7 para. 26 med henvisning til Retningslinjene punkt 1.64 og 1.65

1.4 Oversikt over videre disposisjon

Den videre fremstilling vil gi en oversikt over de særlig relevante rettskilder for oppgavens problemstilling i kapittel 2. Dette vil danne et metodisk bakteppe for den videre behandling. Derneft vil kapittel 3 definere vilkårene for å foreta en strukturell justering. Det vil her tas utgangspunkt i hovedregelen om at strukturelle justeringer ikke kan foretas, før unntakene behandles. Vilkaene for strukturell justering vil bli sammenholdt med vilkaene for å anven- de den ulovfestede omgåelsesnormen. Avslutningsvis vil jeg i kapittel 4 analysere norsk retts- praksis. Analysen vil konsentreres om Rt. 2003 s. 536 *Storhaugen Invest*.

2 Rettskildebildet

2.1 Innledning

Oppgaven vil i dette kapittelet gi en oversikt over rettskildene som styrer vilkaene for struk- turelle justeringer, samt hvilke metodiske konsekvenser dette har.

Armlengdeprinsippet er knesatt i både den konkrete skatteavtales artikkel 9 og i intern rett i skatteloven § 13-1.¹³ Imidlertid er det forskjeller i anvendelsesområdet. Art. 9 kommer til anvendelse kun i internasjonale forhold, altså hvor to virksomheter i et interessefellesskap opererer i ulike stater, jf. ordlyden ”other Contracting State”. Mens § 13 -1 også er gitt anven- delse internrettslig mellom to subjekter som begge er hjemmehørende i Norge. Videre gjelder art. 9 kun virksomhetsinntekter, jf. ordlyden ”enterprise”¹⁴, mens § 13-1 også kan anvendes overfor fysiske personer, jf. ordlyden ”en annen person, selskap eller innretning”. Disse ulik- hetene i anvendelsesområde kan få betydning ved anvendelsen av OECDs retningslinjer ved tolkningen av § 13-1, jf. nedenfor.

¹³ Ot. Prp. Nr. 26 (1980-81) s. 56: ”Den såkalte gjennomskjæringsbestemmelsen i skattelovens § 54, første ledd, statuerer i norsk rett det såkalte ”arm’s length”-prinsipp.” Jeg bruker begrepet ”intern rett” snevrere enn hva rett er, all den tid også skatteavtalenes art. 9 er en del av norsk rett ved forhåndsinkorporering i medhold av 1949-loven.

¹⁴ Jeg antar imidlertid, i likhet med Bjerke s. 116, at selv om partene i transaksjonen må være upersonlige ved direkte interessefellesskap etter art. 9 nr. 1 a, kan den som medvirker til indirekte interessefellesskap etter bokstav b være en fysisk person. Fysiske personer kan således medvirke til at det foreligger interessefellesskap, men ikke selv være part i transaksjonen etter art. 9.

2.2 Skatteavtalenes artikkel 9 punkt 1

OECDs mønsterskatteavtale art. 9 er visstnok inntatt i samtlige 90 skatteavtaler Norge er part i.¹⁵ De skatteavtaler Norge inngår er forhåndsinkorporert i norsk rett med trinnhøyde som formell lov, jf. lov 28. Juli 1949 nr. 15 § 1 forutsetningsvis. Dette kan karakteriseres som en partiell monisme, da norsk rett ellers bygger på et dualistisk prinsipp.¹⁶ Artikkel 9 lyder som følger;

"1. Where

a) an enterprise of a Contracting State participates directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of the other Contracting State, or

b) the same persons participate directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of a Contracting State and an enterprise of the other Contracting State,

*and in either case **conditions** are made or imposed between the two enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those **conditions**, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those **conditions**, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly."*

Det uttrykkes her en adgang til å justere "profits" som følge av at avtalte "conditions" ikke er markedsmessige. Det er interessant å merke seg at artikkel 9 nr. 1 ikke benytter betegnelsen "price". Det er bestemmelsens bruk av ordet ("conditions") som vil danne utgangspunktet for den videre drøfting av strukturelle endringer i kapittel 3. Med utgangspunkt i bestemmelsens ordlyd kan den rettslige problemstillingen derfor formuleres slik:

Omfatter ordlyden "conditions" i art. 9 nr. 1 kun prisvilkår eller dekker formuleringen også andre avtalevilkår i en transaksjon, slik at strukturelle justeringer er hjemlet direkte i ordlyden?

Hvis dette besvares bekreftende, blir spørsmålet innen hvilke rammer slik strukturell justering må foretas. Det er som nevnt oppgavens overordnede problemstilling. Behandlingen av vilkårene for strukturell justering i art. 9 nr. 1 utskytes til kapittel 3.

Til tross for at artikkel 9 knesetter armlengdeprinsippet, gir bestemmelsen ikke i seg selv hjemmel for å korrigere internpriser. Det er et anerkjent prinsipp i internasjonal skatterett at

¹⁵ Zimmer s. 148 og www.regjeringen.no/nb/dep/fin

¹⁶ Zimmer, Lærebok s. 60

skatteavtaler kun kan lempe beskatningen i forhold til det som følger av intern rett.¹⁷ Artikkelen 9 åpner imidlertid for at internprising kan foretas med hjemmel i intern rett innenfor de rammer den fastsetter. Strukturelle justeringer må således være hjemlet i intern rett, men foretas innenfor rammene av artikkel 9 når en skatteavtale kommer til anvendelse. Spørsmålet om internt rettsgrunnlag henleder oppmerksomheten på skatteloven § 13-1.

2.3 Skatteloven § 13-1 – Tilordningsbestemmelsen¹⁸

”(1) Det kan foretas fastsettelse ved skjønn hvis skattyters formue eller inntekt er redusert på grunn av direkte eller indirekte interessefellesskap med annen person, selskap eller innretning.”

Første ledd gir rettsgrunnlag for å fravike den privatrettslig avtalte pris, forutsatt at de tre kumulative vilkårene om interessefellesskap, inntektsreduksjon og årsakssammenheng er oppfylt. Disse tre vilkårene utgjør også forutsetninger for en strukturell justering og behandles samlet i kapittel 2.

Til tross for at bestemmelsen er generelt utformet, utgjør den ikke en selvstendig materiell hjemmel for beskatning.¹⁹ Det følger av forarbeidene at bestemmelsen er ”en presisering av skattelovens alminnelige regler om hvem som skal tilordnes skattepliktig inntekt og formue”.²⁰ Formålet med bestemmelsen er å beskytte norsk skattefundament ved besørge riktig tilordning, ikke å etablere skatteplikt for nye innvinningsbegivenheter. Det følger da også av ordlyden at den ikke gir noen nærmere beskrivelse av hvilke begivenheter som utløser beskatning. Til sammenligning gir den alminnelige inntektsregel i skatteloven § 5-1, 1. ledd anvisning på ”fordel vunnet ved arbeid, kapital og virksomhet”, § 5-1, 2. ledd oppstiller ”realisasjon som kriterium, mens uttaksbestemmelsen i § 5-2 knytter skattlegging til ”egen bruk” og ”gaveoverføring”.

Det faktum at art. 9 nr. 1 ikke i seg selv gir hjemmel for å korrigere internpriser sammenholdt med at § 13-1 er en tilordningsbestemmelse, har den metodiske konsekvens at det må etable-

¹⁷ Zimmer, Lærebok s. 60

¹⁸ Bestemmelsens forgjenger var landsskatteloven § 54. Ved lovrevisjonen i 1981 og overføring til ny skattelov i 1999 ble det foretatt språklige endringer som ikke tilsiktet endring i de materielle vilkår, jf. Kristian Kvamme, Tidsskrift for skatt og avgift s. 28-29. Eldre rettspraksis kan derfor være aktuell, jf. eksempelvis Rt. 1940 s. 598 *Fornebo*.

¹⁹ I Rt. 2003 s. 536 *Storhaugen Invest* kan det imidlertid problematiseres om ikke § 13-1 ble brukt som en materiell beskatningshjemmel som følge av at uttaksbeskatning ble gjennomført til høyere verdi enn markedsverdi. Jeg kommer tilbake til denne dommen i kapittel 4.

²⁰ jf. Ot. Prp. nr. 86 (1997-98) side 75.

res en treleddet hjemmelskjede for å justere en internpris, herunder foreta en strukturell justering. Det må for det første ligge en materiell beskatningshjemmel til grunn, jf. legalitetsprinsippet på skatterettens område. Dernest må § 13-1 kunne anvendes på den materielle bestemmelsen for å foreta en korrekt tilordning. Til slutt må det, hvor det foreligger en skatteavtale, kontrolleres at anvendelsen av § 13-1 ligger innenfor rammen av skatteavtalens art. 9. Det skal imidlertid legges til at dersom § 13-1 tolkes i samsvar med OECDs retningslinjer for art. 9, vil kontrollen med at justeringen etter § 13-1 holder seg innenfor rammen av art. 9 mer få karakter av å være en formsak.

Ordlyden i § 13-1 første ledd utelukker, i likhet med Art. 9 nr. 1, ikke strukturelle justeringer. Vilkåret om at ”inntekt er redusert” som følge av et interessefellesskap kan også tenkes oppfylt ved at partene strukturerer avtalen på andre punkter enn pris slik at inntekten reduseres. I Rt. 2010 s. 790 *Telecomputing* uttaler Høyesterett at § 13-1 første ledd fortrinnsvis tar sikte på prisjustering, men uttaler så generelt at:

*”Bestemmelsen er imidlertid ikke begrenset til dette. På de vilkår som er angitt i bestemmelsen, vil den også kunne benyttes til å foreta en omklassifisering”.*²¹

Høyesteretts uttalelse kan vurderes i et kritisk lys. For det første er uttalelsen i sin form helt generell. Dersom § 13-1 første ledd generelt kunne anvendes for å foreta omklassifisering, ville bestemmelsen gripe inn på området for den ulovfestede omgåelsesnorm. Den ulovfestede omgåelsesnorm benyttes i atskillig utstrekning nettopp for å omklassifisere privatrettslige rettsforhold, for deretter å anvende den materielle skatteregelen på det omklassifiserte forhold. Imidlertid er vilkårene for å anvende omgåelsesnormen annerledes enn vilkårene for prisjustering etter § 13-1.²² Videre er omgåelsesnormen utviklet i rettspraksis som et rettsinstitutt ved siden av § 13-1 første ledd. Det har derfor formodningen mot seg at anvendelsesområdet skulle være det samme. I likhet med Zimmer²³ tolker jeg derfor Høyesteretts utsagn innskrenkede slik at det med ”omklassifisering” siktes til en strukturell justering som første ledd i en internprisvurdering.

Også forstått som en referanse til strukturell justering er imidlertid uttalelsen uklar. Høyesterett uttaler at ”på de vilkår som er angitt i bestemmelsen” kan det foretas en omklassifisering.

²¹ Rt. 2010 s. 790 avsnitt 57

²² Etter omgåelsesnormen kreves det at to vilkår er oppfylt. Det må for det første foreligge et grunnvilkår om at ”det hovedsakelige formål med disposisjonen må ha vært å spare skatt”, samt at det ut fra en totalvurdering av disposisjonens virkninger ”fremstår som stridende mot skattereglenes formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen,...”, jf. Rt. 2007 s. 209 *Hex* (39).

²³ Zimmer, Skatterett s. 194

Retten ser således bort fra at inntektsreduksjon, interessefellesskap og årsakssammenheng ikke er tilstrekkelig for å foreta en strukturell justering. Det kreves i tillegg at ett av de to alternative unntakene fra som-strukturert prinsippet er oppfylt.²⁴ Det forhold at strukturell justering etter § 13-1 og omklassifisering etter omgåelsesnormen lett kan blandes sammen, er en av grunnene til at jeg behandler vilkårene for strukturelle endringer i lys av omgåelsesnormen i kapittel 3.²⁵

2.4 OECDs Retningslinjer

OECDs retningslinjer er utfyllende kommentarer som knytter seg til mønsteravtalens artikkel 9. Den siste reviderte versjonen av retningslinjene ble utgitt 22. juli 2010.²⁶ I OECDs kommentarer beskrives retningslinjene på denne måten:

*”That report represents internationally agreed principles and provides guidelines for the application of the arm’s length principle of which the Article is the authoritative statement”.*²⁷

Det fremgår her at Retningslinjene er ment som tolkningsmateriale ved anvendelsen av art 9. Til tross for at de ikke er formelt bindende for medlemslandene i OECD, er det en sterk forventning om at retningslinjene blir overholdt for å sikre enhetlig beskatning og derved unngå dobbeltbeskatning. Retningslinjene kan derfor best beskrives multilateral ”soft law”.²⁸

Retningslinjene har stor rettskildebetydning når rammen for strukturelle justeringer skal fastlegges. Det er retningslinjene som oppstiller både prinsippet om at granskningen av en kontrollert transaksjon som den klare hovedregel bør basere seg på den transaksjon som faktisk har funnet sted slik den er strukturert av partene (som-strukturert prinsippet), samt vilkårene for å fravike dette utgangspunktet, jf. gjennomgangen i kapittel 3 nedenfor. Det er derfor viktig å fastlegge i hvilke situasjoner retningslinjene er relevante ved strukturelle endringer, samt hvilken vekt de i så tilfelle skal tillegges. Det er her grunn til å minne om at anvendelsesområdet for art. 9 på tre punkter er snevrere enn etter § 13-1. For det første omhandler art. 9 kun flernasjonale transaksjoner. For det andre er art. 9 begrenset til virksomhetsinntekter og for det tredje omfattes ikke fysiske personer. På disse tre områdene kommer imidlertid § 13-1 til

²⁴ Jf. OECDs Retningslinjer punkt 1.64 sammenholdt med 1.65

²⁵ Også Høyesterett bidrar til å skape uklarhet ved å omtale § 13-1 som en regel om ”gjennomskjæring”, jf. for eksempel Rt. 2006 s. 1573 *Dillerud* (avsnitt 23). Betegnelsen ”gjennomskjæring” bør, etter mitt skjønn, ikke benyttes om § 13-1, men forbeholdes den ulovfestede omgåelsesnorm.

²⁶ Det er kun retningslinjene fra 1995 som er oversatt til norsk. Det er uansett den engelske versjonen som er offisielt og formelt vedtatt og dermed avgjørende ved eventuell spåklig diskrepans.

²⁷ OECD Kommentarer art. 9 paragraf 1

²⁸ Bullen 2010 s. 38

anvendelse. Det kan eksempelvis være tale om å foreta strukturell justering av en transaksjon mellom to norske aksjeselskaper i samme konsern eller en transaksjon mellom et norsk foretak og foretak i et annen stat det ikke foreligger skatteavtale med. Videre kan det være tale om transaksjoner mellom fysisk personer på den ene siden og selskaper på den andre, typisk uttak fra selskapet av hovedaksjonær etter skatteloven § 5-2.

Retningslinjene er fortrinnsvis kommentarer til mønsterskatteavtalens art. 9. Et særlig spørsmål blir således hvilken relevans og vekt Retningslinjene har ved situasjoner som faller innenfor anvendelsesområdet til § 13-1, men utenfor anvendelsesområdet til art. 9. Ved drøftingen av dette spørsmålet, kan det tas utgangspunkt i skatteloven § 13-1 fjerde ledd:

*”Når det foreligger interessefellesskap mellom foretak hjemmehørende i Norge og utlandet, og deres kommersielle eller finansielle samkvem er underlagt armlengdebetingelser nedfelt i skatteavtale mellom de respektive stater, **skal** det ved avgjørelsen av om formue eller inntekt er redusert etter første ledd og ved skjønnsmessig fastsettelse av formue eller inntekt etter tredje ledd, tas hensyn til retningslinjer for internprising for flernasjonale foretak og skattemyndigheter som er vedtatt av Organisasjonen for økonomisk samarbeid og utvikling (OECD). Disse retningslinjer **bør, så langt de passer, tas tilsvarende hensyn til** i andre tilfeller enn foran nevnt. Det foranstående gjelder bare i den utstrekning Norge har sluttet seg til retningslinjene og så fremt departementet ikke har bestemt noe annet”. (mine uthevinger)*

Fjerde ledd ble tilføyd i 2008 med sikte på gi retningslinjene en mer formalisert status etter at Høyesterett i Rt. 2001 s. 1265 Agip hadde uttalt at:

”Det er derfor ikke tale om noen innskrenkende eller utvidende tolkning av lovbestemmelsen når OECDs retningslinjer tillegges betydning. Men retningslinjene gir et mer presist uttrykk for innholdet i skatteloven § 54 første ledd.”²⁹

§ 13-1 fjerde ledd *første punktum* fastslår at Retningslinjene ”*skal*” tas hensyn til ved transaksjoner innen flernasjonale foretak hvor en skatteavtale kommer til anvendelse. Dette følger allerede langt på vei av Norges folkerettslige plikt til å holde anvendelsen av § 13-1 første ledd innenfor rammen av den konkrete skatteavtales art. 9. Selv om første punktum har representert en formalisering av retningslinjenes status, kan det imidlertid spørres om første punktum representerer noen klargjøring i forhold til uttalelsen i Rt. 2001 s. 1265 Agip. Det kan med styrke hevdes at ”skal...tas hensyn til” ikke inneholder mer presisjon enn uttalelsen om at ”retningslinjene gir et mer presist uttrykk for innholdet” i § 13-1. Uansett må det være

²⁹ Ot. Prp nr. 62 (2006-2007) s. 11-12

klart at ordlyden ”skal” er en pliktnorm som innebærer at vilkårene for strukturell justering, slik de er fastsatt i Retningslinjene, er en relevant rettskilde ved tolkningen av § 13-1 første ledd. Vilårene for strukturell justering er derfor ikke uttømmende gitt i § 13-1 første ledd, men må suppleres med vilkårene oppstilt i Retningslinjenes para. 1.64 og 1.65.

Det er imidlertid § 13-1, 4. ledd *annet punktum* som er avgjørende for hvilke rammer Retningslinjene setter for strukturelle endringer etter § 13-1 første ledd hvor en skatteavtale ikke kommer til anvendelse på transaksjonen, jf. ordlyden ”i andre tilfeller enn foran nevnt”. Dette er således et spørsmål om ligningsmyndigheten for eksempel i innenlandske transaksjoner må følge den metode og vurdere de vilkår for strukturelle justeringer som er oppstilt i retningslinjene punkt 1.64 og 1.65. Jeg vil de følgende drøfte hvilken betydning annet punktum har for strukturelle justeringer utenfor skatteavtalesituasjonen.

Ordlyden, ”bør, så langt de passer, tas tilsvarende hensyn til”, er uklar i samtlige tre ledd. ”Bør” signaliserer etter sin ordlyd ingen rettslig forpliktelse, men snarere en noe svakere pliktnorm. Dette er i samsvar med forarbeidene uttalelser om at retningslinjene er veiledende, ikke bindende, se nedenfor.

Også formuleringen ”så langt de passer” synes å gi rettsanvenderen en viss fleksibilitet. Det sies også i forarbeidene at det i enkeltsaker kan være grunnlag for ”å tillempe retningslinjene og de krav som stilles i situasjoner hvor retningslinjene ikke kan anvendes fullt ut”.³⁰ Hvilke tilfeller det her er påtenkt spesifiseres ikke, men forarbeidene etterlater det inntrykk at retningslinjene som hovedregel bør følges. Også ordlyden ”tas hensyn til” synes å indikere at ligningsmyndighetene ikke behøver å følge retningslinjene slavisk.

Selv om både § 13-1 og art. 9 bygger på armlengdeprinsippet, er Retningslinjene langt mer spesifikke på området for strukturelle justeringer enn forarbeidene til § 13-1. Foruten en kortfattet oversikt over hovedprinsippet om anerkjennelse av transaksjoner som faktisk har funnet sted i proposisjonens punkt 5.2.3³¹, inneholder ikke forarbeidene noen eksplisitt uttalelse om at armlengdeprinsippet i § 13-1 må anvendes med de samme beskrankninger som etter art. 9 når det er tale om å foreta en strukturell justering. Imidlertid er det gitt generelle uttalelser i forarbeidene som kan belyse hvilken status også vilkårene for strukturelle justeringer er tiltenkt:

³⁰ Ot. Prp nr 62 (2006-2007) s. 16

³¹ Ibid. s. 20

”Bare de delene av OECD-retningslinjene som inneholder materiell veiledning om selve armlengdeprinsippet og metodene for anvendelsen av dette, foreslås gitt direkte anvendelse som retningslinjer i norsk rett. De gis ikke status som bindende regler, men bare som veiledende retningslinjer som skal tas hensyn til. OECD-retningslinjene gjelder for grenseoverskridende transaksjoner. For å sikre mest mulig konsistens ved tolkingen av skatteloven § 13-1 foreslås i høringsnotatet at OECD-retningslinjene, så langt de passer, også gjøres direkte anvendelig for nasjonale transaksjoner.”³²

Det fremheves her at kun de deler som inneholder materiell veiledning gis anvendelse. Bestemmelsene om vilkårene for strukturelle justeringer i retningslinjene er klart nok av slik materiell karakter. Videre uttales det at retningslinjene gjøres ”direkte anvendelig for nasjonale transaksjoner”, begrunnet i ønsket om å sikre konsistens ved tolkningen av § 13-1. Det kan derfor ikke være tvilsomt at vilkårene for strukturelle justeringer i retningslinjene er en relevant rettskildefaktor ved tolkningen av § 13-1. Spørsmålet er imidlertid hvor stor vekt retningslinjene kan tillegges, hensett til formuleringen ”bør, så langt de passer, tas hensyn til”. Forarbeidene presiserer at det ikke er tale om bindende regler:

”En referanse til OECD-retningslinjene i skatteloven § 13-1 gir retningslinjene karakter av utfyllende veiledning til armlengdeprinsippet i skatteloven § 13-1. Det er imidlertid grunn til å understreke at OECD-retningslinjene er ment å være veiledende, og at det ikke dreier seg om bindende regler. Dette endrer seg ikke ved at skatteloven § 13-1 henviser til dem.”³³

Det faktum at retningslinjene ikke er bindende, kun veiledende, må ikke med nødvendighet innebære at retningslinjene har liten vekt. Det kan ligge betydelig vekt i rettskilder som gir utfyllende veiledning til en uklar lovtekst. Imidlertid må det presiseres at det her er tale om å tolke § 13-1 første ledd innskrenkende, riktignok i favør av skatteyder. Første ledd etablerer etter sin ordlyd en generell adgang til fastsettelse ved skjønn dersom tre vilkår er oppfylt. Noen begrensning til kun å autorisere prisjustering, gir ikke ordlyden grunnlag for. Ved å anvende retningslinjenes vilkår for strukturell justering oppstilles tilleggsvilkår i forhold til det som fremgår av ordlyden. Dette må ansees som en innskrenkende fortolkning. Slike innskrenkende fortolkninger av ordlyden krever normalt viktige holdepunkter i øvrig rettskildemateriale, da ordlyden er en tungtveiende faktor. Spørsmålet er derfor om retningslinjene er tilstrekkelig tungtveiende til å forsvare en innskrenkende tolkning av § 13-1 første ledd. Ordlyden etablerer et skille mellom armlengdebedømmelser underlagt en skatteavtale og andre tilfeller og gjentar denne graderingen i forarbeidene på følgende måte:

³² Ot. Prp nr. 62 (2006-2007) s. 11-12

³³ Ibid. s. 15

”Det kan være grunn til i noen grad å nedtone referansen til retningslinjene i en situasjon der transaksjonen ikke undergis en armlengdebedømmelse etter skatteavtalen og hvor en således ikke har de samme folkerettslige bindinger.”³⁴

Utsagnet om å ”nedtone” henvisningen til retningslinjene når man er utenfor en skatteavtalesituasjon, kan sees på som et uttrykk for at retningslinjene har mindre vekt, jf. ordlydens skille mellom ”skal” og ”bør”. Det kan imidlertid være grunn til å legge mindre vekt på generelle uttalelser om retningslinjenes vekt i forarbeidene. Det kan være tvilsomt om lovkonsipistene også har hatt strukturelle justeringer i tankene. Det springer i øynene at store deler av retningslinjene omhandler vurderinger av sterkt skjønnsmessig karakter, slik som fastsettelse av pris basert på transaksjonsmetodene, jf. skjønnsfastsettelsen etter tredje ledd. Selv om også vilkårene for strukturell justering er skjønnspreget, er det tale om mer skarpt tilskårne bestemmelser med en hovedregel og to alternative unntak. Det er derfor tvilsomt om uttalelser i lov/forarbeider som angir relevans og varierende grad av vekt (”bør”, ”så langt de passer”, ”nedtone”) kan tillegges særlig vekt ved strukturelle justeringer. Det kan på den annen side hevdes at dersom lovgiver ønsket å innføre mer restriktive vilkår for strukturelle justeringer, ville det vært naturlig å uttrykke dette i forarbeidene.³⁵ Det er vel imidlertid sannsynlig at lovgiver ikke vurderte spørsmålet særskilt.

Ordlyden, tolket i lys av forarbeidene, synes etter dette å bekrefte at Retningslinjenes uttalelser om vilkårene for strukturell justering er relevant ved tolkningen av § 13-1 første ledd. Det avgjørende er imidlertid om retningslinjene er vektige nok til å tolke første ledd innskrenkende. På dette punkt gir ikke ordlyden grunnlag for en sikker konklusjon og må således suppleres av andre rettskildefaktorer. Jeg kommer tilbake til spørsmålet om Retningslinjenes vekt i del 4.

³⁴ Ot. Prp nr. 62 (2006-2007) s. 16

³⁵ Kvamme, Skatterett s. 36. Kvamme er av det syn at § 13-1 fjerde ledd annet punktum må tolkes innskrenkende (s. 36) og at det ikke er noe ”krav” om ta hensyn til retningslinjene utenfor skatteavtalesituasjonen (s. 41). Jeg mener det ikke er grunnlag for en slik innskrenkende tolkning, da forarbeidene gir uttrykk for at intensjonen med § 13-1 første ledd annet punktum var at retningslinjene skulle gis anvendelse også utenfor skatteavtalesituasjonen.

3 **Vilkårene for strukturell justering**

3.1 *Innledning*

Oppgaven vil i dette kapittelet ta for seg de fire kumulative betingelser for en strukturell justering. De tre første vilkårene fremgår eksplisitt av ordlyden i art. 9 (1) og § 13-1 (1), mens det siste vilkår består av to innbyrdes alternative vilkår hjemlet i retningslinjenes para. 1.65. Det er kun sistnevnte vilkår, oppstilt i retningslinjene punkt 1.65, som gjelder eksklusivt for strukturell justering. De tre første vilkårene (inntektsreduksjon, interessefellesskap og årsakssammenheng) er felles for adgangen til å foreta ren prisjustering og strukturell justering. Hovedfokus vil således ligge på de to alternative vilkår oppstilt i retningslinjene.

Jeg vil ved behandlingen av vilkårene trekke paralleller til den ulovfestede omgåelsesnorm. Dette gjøres for å skape et komparativt perspektiv på vilkårene for strukturell justering. Videre er det hensiktsmessig å trekke opp grenselinjene mellom ulovfestet gjennomskjæring og strukturell justering. Instituttene har det til felles at det ofte vil finne sted en omklassifisering av privatrettslig valgte betegnelser og transaksjonsmønstre.³⁶ Allikevel er det forskjeller med hensyn til rettsvilkårssiden, rettsfølgesiden og hjemmelsgrunnlag. Omgåelsesnormen er utviklet og hjemlet i høyesterettspraksis³⁷, mens strukturelle justeringer er hjemlet i art. 9 og § 13-1 sammenholdt med retningslinjene. De ulikheter som gjør seg gjeldende på vilkårssiden, vil bli forsøkt illustrert i den videre gjennomgang.

3.2 *Oversikt over bevisregler, klassifisering, omgåelse og strukturell justering*

Regelanvendelsen på skatterettens område består i en tolkning, hvor meningsinnholdet i regelen bringes på det rene, en bevisbedømmelse for å fastslå fakta og dernest subsumpsjon ved anvendelse av dette meningsinnholdet på fastlagte fakta. Denne regelanvendelsen i tre ledd deler skatteretten med norsk rett for øvrig. Imidlertid er det et særkjenntegn ved skatteretten at rettsreglene gjerne knytter an til andre rettsområders begreper og da fortrinnsvis rettsregler på privatrettens område. Dette gjør at det lett kan skje en sammenblanding i rettsanvendelsen mellom faktumfastsettelse (bevisbedømmelse) og anvendelse av rettsregler (tolkning og subsumpsjon). Det er viktig å holde bevisbedømmelsen adskilt fra rettsanvendelsen, da det er ulike regler som styrer prosessen. Faktumfastsettelsen styres på skatterettens område av prosessuelle bevisbedømmelsesregler, mens klassifisering av et rettsforhold, og eventuell omklassifise-

³⁶ Jeg bemerker allerede her at formuleringene ”klassifisering”/”karakterisering” vil betegne et annet fenomen enn ”omklassifisering”/”rekarakterisering”.

³⁷ Rt. 2007 s. 209 Hex avsnitt 39: ”Den ulovfestede gjennomskjæringsregel er blitt utviklet i et samspill mellom rettspraksis og juridisk teori...”

ring etter omgåelsesregelen/strukturell justering, er rettsanvendelse som består i henholdsvis en tolkning av den konkrete skatteregel og omgåelsesnormen/§13-1. Det må derfor skilles mellom tre ulike nivåer:

1. Faktumfastsettelse (bevisbedømmelse)
2. Klassifisering (rettsanvendelse i form av tolkning av og subsumsjon under den materielle skattehjemmel)
3. Omklassifisering (rettsanvendelse i form av tolkning av og subsumpsjon under det relevante hjemmelsgrunnlag for omklassifisering – omgåelsesnormen eller strukturell justering)

3.2.1 *Faktumfastsettelse (bevisbedømmelse)*³⁸

Bestemmelse av rene fakta foregår på skatterettens område etter sivilprosessens alminnelige regler. Dette kommer til uttrykk i ligningsloven § 8-1 om at ligningsmyndighetene ”avgjør hvilket faktisk forhold som skal legges til grunn for ligningen”. Høyesterett har i Rt. 2009 s. 105 uttrykt at ”ligningsloven § 8-1 ikke sier noe annet enn det som måtte ha vært lagt til grunn uten denne lovbestemmelsen”.³⁹ Bestemmelsen må således være en henvisning til at ligningsmyndighetene etter en fri bevisbedømmelse skal bygge på det mest sannsynlige faktum. Når bestemmelsen således har vært brukt til å fastlegge privatrettslige rettsforhold, klassifisering⁴⁰, må dette skyldes en sammenblanding av bevisbedømmelse og rettsanvendelse.⁴¹

Det er interessant å merke seg at den samme diskusjonen om hvorvidt det foretas en faktumfastsettelse eller rettsanvendelse har funnet sted angående den ulovfestede omgåelsesnorm.⁴² Tidligere var det et utbredt syn i juridisk teori at omgåelsesnormen delvis refererte til faktumfastleggelse. I dag synes oppfatningen å være at anvendelse av omgåelsesnormen i sin helhet er et rettsanvendelsesspørsmål.⁴³ Problemstillingen aktualiseres av høyesterettsavgjørelser som gir inntrykk av at rettsspørsmål avgjøres på grunnlag av en vurdering av hva som reelt sett er faktum. Et eksempel på en slik avgjørelse er Rt. 1978 s. 60 *Smestad* der en far solgte tomter til sine barn som et mellomliggende ledd før tomtene ble overdratt videre til kommu-

³⁸ Det presiseres at faktumfastsettelse her brukes synonymt med bevisbedømmelse og antonymt med rettsanvendelse.

³⁹ Rt. 2009 s. 105 avsnitt 112

⁴⁰ Rt. 2008 s. 1307 Alvdal Bygg: ”Hjemmelen for omklassifisering i dette tilfellet er ligningsloven § 8-1.”

⁴¹ Zimmer, Skatterett s. 187-188

⁴² Banoun s. 263-268

⁴³ Banoun s. 264-265. Særlig fra 1970-tallet overtok den ulovfestede omgåelsesnorm for utsagn om at de reelle forhold ble avdekket. Realitetsprinsippet kan derfor ansees som et forstadium for omgåelsesnormen, jf. s. 262.

nen. Den rettslige form var således to salg; først fra far til barn, dernest fra barn til kommune, mens den økonomiske realitet var et direktesalg fra far til kommunen. Høyesterett uttalte at:

”Som forholdene er i denne sak, ser jeg det slik at barna – som formelt satt som innehavere av arealene i 24 timer, i virkeligheten aldri har eid dem. Realiteten er at det var faren som solgte til kommunen, men av skattemessige grunner har trukket barna inn som et nødvendig mellomledd på en måte som etter omstendighetene må betegnes som en uakseptabel omgåelse av reglene om gevinstbeskatning.”

Selv om det her benyttes et språk som kan gi inntrykk av en faktumfastleggelse, jf. ”i virkeligheten aldri har eid dem”, er det tale om en rettsanvendelse ved at den privatrettslig valgte form fravikes ut fra skatterettslige hensyn. Det gjøres således et unntak fra utgangspunktet om at privatrettslige begreper og transaksjoner som hovedregel legges til grunn også skatterettslig.

De lege ferenda taler gode grunner for å anse det å ignorere eller omklassifisere en transaksjon som rettsanvendelse. Realitetsbegrunnelser virker ofte kunstige og står i et tvilsomt forhold til legalitetsprinsippet. De gir ligningsmyndighetene anledning til å bygge skattleggingen på hjemler der det ikke nødvendigvis er tolkning av skattehjemmelen som står i fokus, men å ”presse fakta” slik at skattehjemmelens vilkår ansees oppfylt. Dette er uheldig tatt i betraktning at skattyterne i rimelig grad skal kunne forutberegne sin skatteplikt. Å bringe vurderingen av en omklassifisering inn i rettsanvendelsens sfære, leder også til at vurderinger, herunder hensyn mot skatteplikt, med større sannsynlighet blir vurdert samvittighetsfullt.⁴⁴

De hensyn som her er anført for å anse en omklassifisering etter omgåelsesnormen som rettsanvendelse, vil på tilsvarende måte gjøre seg gjeldende ved omklassifisering ved strukturell justering etter for eksempel økonomisk substans unntaket i Retningslinjenes punkt 1.65. Der som et tynt kapitalisert datterselskap får omklassifisert deler av et lån fra morselskapet til egenkapital, vil dette være (retts)anvendelse av økonomisk substans unntaket. Omklassifiseringen fra gjeld til egenkapital bør således ikke utlegges som faktumfastleggelse ved at kapitaloverføringene i realiteten var egenkapital som følge av at datterselskapet ikke hadde større lånekapasitet.

⁴⁴ Banoun s. 268

3.2.1.1 *Pro forma – En undergruppe av faktumfastsettelse*

Proforma innebærer at den rettslige form partene presenterer utad, ikke er ment å gjelde inter partes. For at forholdet skal kvalifisere som proformaverk, må partene således dele oppfatningen om at det som skiltes med utad ikke forplikter rettslig innad. Det er i proformasituasjoner klart at skattleggingen skal bygges på det rettsforhold som finnes bevist mellom partene. Proforma er derfor et spørsmål om å fastlegge fakta, en bevisvurdering knyttet til rettsforholdet mellom partene. ”Proformaregelen er ikke en doktrine om at økonomiske forhold prioriteres over transaksjonens rettslige former.”⁴⁵

Proforma må av disse grunner avgrenses mot strukturell justering og den ulovfestede omgåelsesnormen (omklassifisering).⁴⁶ Anvendelsen av den ulovfestede omgåelsesnorm forutsetter at det forhold som er presentert utad også er ment å forplikte inter partes. Forskjellen mellom proforma og omgåelsesspørsmål utgjøres således av at i omgåelsestilfellene er transaksjonene alvorlig ment mellom partene og derfor formelt oppfyller vilkårene for en konkret skattefordel. I pro forma situasjonene leder tilbakeholdelse av faktum til skatteunndragelse. Pro forma er således et spørsmål om bevisbedømmelse, mens gjennomskjæring etter omgåelsesnormen er rettsanvendelse. Det synes derfor å være enighet i juridisk teori om at proforma bør holdes adskilt fra spørsmålet om omgåelse.⁴⁷

3.2.2 *Klassifisering*

Hjemlene for skatteplikt vil, etter sin ordlyd, svært ofte knytte skatteplikten til privatrettslige begreper. Det vil derfor kunne ha stor betydning å bestemme hvordan et privatrettslig forhold skal klassifiseres skatterettslig. Utgangspunktet er at skatterettslige begreper gis tilsvarende innhold som på de respektive privatrettslige områder.⁴⁸ Det kan imidlertid tenkes at de privatrettslige begreper ikke har et klart definert innhold eller varierer i ulike privatrettslige relasjo-

⁴⁵ Banoun s. 16

⁴⁶ Imidlertid kan grensen mellom pro forma og omklassifisering etter den ulovfestede omgåelsesnorm / strukturelle justeringer etter § 13-1 (1) være uklar. Rt. 1978 s. 60 Smestad illustrerer dette. Høyesterett betraktet her salget, via barna som mellomledd, som et direkte salg til kommunen med den begrunnelse at ”barna...i virkeligheten aldri har eid dem”. Utfordringen med en slik argumentasjonsmåte er at ”virkeligheten” kan sikte både til en formell og materiell realitet. Det kan som kjent være realiteter i formaliteter. Høyesterett benyttet imidlertid, til tross for at premissene kan gi inntrykk av å være faktumfastleggelse, ikke betegnelsen proforma på salget fra far til barn.

⁴⁷ Zimmer, Lærebok i skatterett s. 60.

⁴⁸ Ibid. s. 50

ner.⁴⁹ Videre kan det gjøre seg gjeldende hensyn innen skatteretten som taler for å legge en annen forståelse i begrepet enn etter privatrettslige kilder.⁵⁰

Et eksempel på et klassifiseringsspørsmål er grensen mellom renter og indekstillegg, dvs. tillegg til hovedstolen som skal kompensere for inflasjon. ”Renter av skattyters gjeld” er alltid fradragsberettiget, jf. sktl. § 6-40, 1. ledd. Problemstillingen er imidlertid hva formuleringen ”renter” omfatter. I Rt. 1975 s. 944 *Harper* avgjorde Høyesterett at det ikke er fradragsrett for indekstillegg fordi slikt tillegg ikke kan klassifiseres som ”rente”. Ved drøftelsen av grensen mellom rente og indekstillegg etter § 6-40 første ledd, uttalte Høyesterett videre i *Harper* at:

*”...i skattemessig henseende må den fremgangsmåte som er valgt, bedømmes etter sitt eget innhold.”*⁵¹

Denne forståelsen er fulgt opp i Rt. 2010 s. 790 *Telecomputing* omhandlende grensen mellom egenkapitalinnskudd og fremmedkapitalinnskudd:

*”...den materielle ordning partene, innenfor avtalefrihetens rammer, har etablert seg i mellom, ...styrer de skattevirkninger ordningen skal få.”*⁵²

Det her siterte, indikerer at det materielle innhold i transaksjonen, bedømt etter privatrettslige kilder, danner utgangspunktet for en skatterettslig klassifisering. Høyesterett synes således å etablere en metode hvor transaksjonens egenskaper sammenholdes med det privatrettslige begrepsapparat. Rettsanvenderen må således analysere innholdet av en transaksjon og subsumere dette under den privatrettslige definisjon.

⁴⁹ Slike relasjonsbestemte begreper vil gjerne ha en fast kjerne og en periferi som varierer med hvilket rettsområde begrepet brukes innen, se Zimmer, Lærebok i skatterett s. 50-51.

⁵⁰ Et illustrerende eksempel på at skatterettslig begrepsforståelse kan avvike fra privatrettslig begrepsforståelse gis i Rt. 2002 s. 747 *Ptarmigan Trust*. Spørsmålet i saken var om begunstigede norske skattytere etter en trust registrert i Liechtenstein skulle tilordnes andel i trustens underskudd etter NOKUS-reglene. Dette berodde på om trusten var *norsk-kontrollert* etter daværende selskapsskatteloven § 7-3, jf. § 7-1 annet punktum. Den rettslige problemstilling var om de begunstigede kunne ansees å være ”eiere” av trusten. Trustavtalen la samtlige eierbeføyelser til forvalterne av trusten. Forvalterne var andre personer enn de begunstigede. Førstvoterende uttalte imidlertid at ”[v]ed anvendelsen av NOKUS-reglene på en slik formuesmasse, [trusten] må man etter min mening kunne stille seg noe friere i forhold til det tradisjonelle privatrettslige eierbegrep.” (s. 756) Høyesterett la derfor avgjørende vekt på at de begunstigede ville tilgodesees ved løpende utdelinger fra trusten og konkluderte med at de begunstigede måtte ansees som eiere. At trustavtalen ikke ga de begunstigede retten til selv å utøve ordinære eierbeføyelser var ikke avgjørende i skatterettslig forstand for flertallet. For mindretallet var det motsetningsvis avgjørende at vilkåret, ”eies”, ”etter ei meir tradisjonell oppfatning av det privatrettslege eigaromgrepet”, ikke kunne ansees oppfylt (s. 762).

⁵¹ Rt. 1975 s. 944 s. 947

⁵² Rt. 2010 s. 790 avsnitt 43

Begrepet ”rente” på privatrettens område kan defineres som ”ytelser til långiveren som vederlag for kredittytelse”⁵³ I Rt. 1975 s. 944 *Harper*, var som nevnt det rettslige spørsmålet om en klausul om indeksregulering, dvs. tillegg i hovedstolen tilpasset inflasjonen, kunne ansees som ”renter” etter sktl. § 6-40 første ledd. Høyesterett analyserte indeksreguleringsklausulen slik:

”Indeksreguleringsklausulen har ikke primært som formål å skaffe kreditor avkastning, men å sikre en fordring verdifasthet – så vidt mulig tilsvarende den måte faste eiendommer og andre realverdier i inflasjonstider rent faktisk beskyttes mot fall i pengeverdien”.⁵⁴

Det avgjørende poeng for Høyesterett var således at ”renter”, i tillegg til å sikre fordringen verdifasthet mot inflasjon, etter den privatrettslige definisjon er vederlag for kredittytelse. Når således indeksreguleringsklausulen kun gir fordringen verdifasthet, medfører inflasjonen at det ikke ytes realøkonomisk vederlag, realrente, for kredittytelsen. Indeksreguleringsklausulen oppfylte således ikke rentens sentrale funksjon som vederlag for kredittytelse. Indekstillegget kunne derfor etter rettens syn ikke klassifiseres som rente.

I andre tilfeller følger den rettslige klassifiseringen ikke fortrinnsvis av privatrettslige definisjoner, men av definisjoner gitt i skattelovgivningen.⁵⁵ Således er for eksempel aksjeutbytte definert i sktl. § 10-11 annet ledd. Ved grensedragningen mellom lån og utbytte fra selskapet til aksjonær må således kapitaloverføringens materielle innhold analyseres og holdes opp mot definisjonen av utbytte i § 10-11 (2). Det avgjørende vil typisk være om transaksjonens egen-skaper innebærer en ”...vederlagsfri overføring av verdier...”, jf. § 10-11 (2), eller tilbakebetalingsplikt, jf. alminnelig privatrettslig definisjon av lån i Rt. 2007 s. 790 *Telecomputing*. Grensedragningen mellom aksjonærlån og aksjeutbytte ved kapitaloverføring fra aksjeselskapet til aksjonæren har stor praktisk betydning, da mottak av lån er skattefritt, mens aksjeutbytte skattlegges med 27 % som alminnelig inntekt etter sktl. § 10-11 (1).

Det er viktig å skille mellom klassifisering og omklassifisering. Klassifisering er en ordinær lovtolknings- og subsumpsjonsprosess knyttet til det skatterettslige hjemmelsgrunnlag. Spørsmålet er således om et faktisk forhold, riktig klassifisert, omfattes av skattehjemmelen. Omklassifisering er derimot et spørsmål om å fravike det materielle forhold, riktig klassifisert

⁵³ Zimmer, Lærebok i skatterett s. 211

⁵⁴ Rt. 1975 s. 944 s. 947-948

⁵⁵ Matre, Gjeld og Renter s. 60-61

etter relevant skattehemmel, i medhold av § 13-1 eller omgåelsesnormen.⁵⁶ Dersom slik omklassifisering skal kunne foretas, oppstilles som nevnt restriktive vilkår i Retningslinjenes punkt 1.65 og gjennomskjæringsregelen. Disse restriktive vilkår kommer naturligvis ikke til anvendelse ved klassifiseringen. Videre vil også rettsvirkningen av strukturelle justeringer og tolkningsbasert klassifikasjon kunne være forskjellig.

3.2.2.1 Forholdet mellom captive forsikring og strukturell justering

Det kan være vanskelig å skille mellom klassifikasjon og omklassifisering. Spørsmål relatert til captive forsikring eksemplifiserer at sontringen tidvis kan være utfordrende. Et captive kan defineres som et konserninternt forsikringsselskap hvor det foreligger interessefellesskap mellom forsikringsgiver og forsikringstaker.⁵⁷ Forholdet er typisk at morselskapet, som opererer i et høyskatteland, oppretter et datterselskap i et lavskatteland. Datterselskapet (captive) forsikrer deretter risiko for selskapene i konsernet. Skatteeffekten av dette kan være at morselskapet oppnår fradrag for forsikringspremien i høyskattelandet, mens captive beskattes gunstig for tilsvarende premieinntekt i lavskattelandet. Spørsmålet som kan oppstå, er om denne form for forsikringsordning kan anerkjennes som forsikring i skatterettslig forstand.⁵⁸ Dette er et sine qua non for fradragsrett og vil i det følgende bli betegnet ”captive spørsmålet”.

Det følger av sktl. § 6-1 at fradrag kan føres i alminnelig inntekt for ”kostnad som er pådratt for å erverve, vedlikeholde eller sikre skattepliktig inntekt.” Ordlyden gir således anvisning på at to vilkår må være oppfylt; det må foreligge kostnad og denne må ha tilknytning til inntekts ervervelse. Ved premiebetaling til et uavhengig forsikringsselskap, vil vilkåret om kostnad regelmessig være oppfylt, da premiebetalingen representerer en reduksjon i forsikringstakers formuesstilling.⁵⁹ Ved selvforsikring, derimot, vil forsikringstaker typisk avsette midler i et selvassuransefond til dekning av fremtidig tap. Avsetningen medfører ingen formuesreduksjon i seg selv. Vilkåret om kostnad i § 6-1 vil således ikke være oppfylt ved selvassuranse

⁵⁶ Det kan imidlertid være vanskelig å sonde mellom lovtolkning med vekt på lovens formål og omgåelsesnormen. Spesielt høyesterettsdommer om skattesalg synes basert på en innskrenkende formålstolkning av realisasjonsbegrepet, jf. eksempelvis Rt. 1925 s. 472 *Kallevig*. Det problematiske ved dette er at det kan føre til at skattyter ikke får anledning til å argumentere med transaksjonens egenverdi, se Zimmer i SR 2003 s. 354-356. Egenverdi har imidlertid ikke bare betydning under totalvurderingen etter omgåelsesnormen. Også ved vilkårene for strukturell justering etter Retningslinjene para. 1.65, vil egenverdivurderinger spille inn. At skattyter skal gis anledning til å argumentere for egenverdi, taler således for at det bør skilles mellom lovtolkning med sikte på klassifisering og anvendelse av § 13-1 med sikte på strukturell justering (omklassifisering).

⁵⁷ Bjerke s. 177

⁵⁸ Forutsatt at premiebetalingen er fradragsberettiget, vil det kunne oppstå spørsmål om prisen er armlengdes. Her er imidlertid ikke problemstillingen prisingsspørsmålet, men om premien i det hele tatt er fradragsberettiget etter sktl. § 6-1, heretter omtalt som ”captive spørsmålet”.

⁵⁹ Se Zimmer, Lærebok i skatterett s. 176

innen selskapet.⁶⁰ Spørsmålet ved captives er om fradrag kan føres for premie betalt til et forsikringsselskap organisert som et selvstendig skattesubjekt, jf. sktl. § 2-2 (1) bokstav a), innen konsernet. Til tross for at dette kan karakteriseres som selvassurans i vid forstand (risikoen beholdes jo innen konsernet), godkjente imidlertid Høyesterett fradragsrett i Rt. 1995 s. 124 Schlumberger. Forutsetningen for fradragsrett var imidlertid at det er en ”reell forsikringsdekning”⁶¹ som erverves fra captivet. Høyesterett utpenslet dette vurderingstemaet som et spørsmål om to kumulative vilkår var oppfylt.⁶² Det formelle vilkår innebærer at det må foreligge en avtale mellom selskapene som overfører risikoen. Etter det materielle vilkåret må captivet ha finansiell evne til å etterkomme krav under forsikringspolisen. Den finansielle evne vil avhenge av graden av reassurans i reforsikringsmarkedet, samt captivets økonomiske soliditet. Soliditeten vil måtte fastsettes på bakgrunn av forsikringstekniske beregningsprinsipper.

I juridisk teori vurderes gjerne problemstillingen om fradragsrett for premiebetaling til captives i perspektivet restrukturering etter § 13-1, altså som et spørsmål om internprising.⁶³ Problemstillingen som drøftes her er om denne synsmåten er treffende, basert på en analyse av høyesterettspraksis om captivespørsmålet. Det kan hevdes at spørsmålet om fradragsrett for premiebetaling til captives heller bør sees som et spørsmål om riktig klassifikasjon enn et spørsmål om anerkjennelse av faktisk foretatt transaksjon i internprising.

En første indikasjon på at temaet er klassifikasjon gis i Rt. 1995 s. 124 Schlumberger, hvor Høyesterett tok utgangspunkt i dagjeldende sktl. § 44, nå § 6-1, og formulerte problemstillingen slik:

*”Her er spørsmålet om det er kjøpt forsikringer”.*⁶⁴

⁶⁰ Rt. 1995 s. 124 på side 129: ”Innebærer derimot betalingen bare at at skattyteren bygger opp fonds som vil støtte under hans evne til å bære tapet, foreligger kun en selvforsikringsordning, og avsetning til dette er ingen utgift i skattelovens forstand og gir ingen rett til fradrag.”

⁶¹ Rt. 1995 s. 124 på side 129. Allerede ved Rt. 1937 s. 385 ble det lagt til grunn at forsikringsdekningens grunnelement er at forsikringstaker frir seg fra den forsikrede risiko ved at denne overføres til forsikringsselskapet.

⁶² I Schlumberger hadde ikke selskapet godtgjort at vilkårene for fradrag var oppfylt, se dommens side 131. Da dette var avgjørende for dommens konklusjon, må etableringen av de to kumulative vilkår i premissene kunne ansees som et obiter dictum. Den del av dommens premisser som ikke ansees avgjørende for dommens konklusjon, obiter dictum, ansees ofte i rettskildelæren for å ha mindre vekt enn de premisser konklusjonen bygges på, ratio decidendi. Schlumberger er således et godt eksempel på at uttalelser i obiter dictum kan ha vel så stor rettskildevikt som ratio decidendi dersom Høyesterett går prinsipielt til verks og oppstiller domstolsskapte vilkår. Vilråene i Schlumberger ble senere fulgt opp i Rt. 2002 s. 1247 *Amoco* og må betraktes som sikker rett.

⁶³ Se eksempelvis Bjerke s. 177-179

⁶⁴ Rt. 1995 s. 124 s. 129

Høyesterett formulerer her problemstillingen som et spørsmål om captiveforsikring kan klassifiseres som forsikring etter § 6-1. Det er således forsikringsbegrepet som sådan som Høyesterett tar utgangspunkt i, ikke strukturell justering som ledd i internprising etter § 13-1.

Da det ikke kunne påvises noen legaldefinisjon av forsikringsbegrepet, tok Høyesterett utgangspunkt i privatrettslige kjennetegn ved forsikring og bemerket videre at formålet for forsikringstaker med en forsikring er å fri seg fra risiko:

*”Som nevnt er realiteten i en forsikringsdekning – sett fra forsikringstakers synsvinkel – at selskapet frir seg fra den risiko som forsikres og overfører denne til forsikringsselskapet. Nettopp dette blir testen ved vurderingen av om det her foreligger utgift til forsikring...”*⁶⁵

Høyesterett synes således å utlegge spørsmålet om fradragsrett som et spørsmål om riktig klassifisering bedømt etter privatrettslige realiteter i en forsikringsordning.

Så langt skulle Høyesteretts behandling av captivespørsmålet tale for at den metode som brukes er regulær tolkning av den relevante skattehjemmel, her § 6-1, og en klassifisering av rettsforholdet for å bringe på det rene om forsikringsordningen er omfattet av skattehjemmelen for fradragsrett. Det som nok har bevirket at spørsmålet vurderes under synsvinkelen strukturell justering, er nok at Høyesterett gir uttrykk for armlengdevurderinger som innholdsmessig kan ligne de vurderinger som gjøres ved strukturelle justeringer:

*”Ved den konkrete vurdering av risikoeksponering og soliditet, vil det være naturlig å sammenligne med det som i uavhengige forsikringsselskaper betraktes som forsikringsmessig forsvarlig ved forsikring av tilsvarende type risiko.”*⁶⁶

Den armlengdevurdering Høyesterett her gir uttrykk for, jf. ”uavhengige forsikringsselskaper”, kan eksempelvis ha fellestrekk med vurderingen av om det foreligger tynn kapitalisering under økonomisk substans unntaket i Retningslinjene punkt 1.65. Vurderingen av selskapenes finansielle soliditet vil stå sentralt både ved spørsmålet om strukturell justering i tilfeller av tynn kapitalisering, jf. det økonomiske substansunntaket, og captivespørsmålet. Imidlertid vil det ha rettslig relevans å sonde mellom lovtolkning etter § 6-1 og strukturell justering etter § 13-1.⁶⁷ Retningslinjene oppstiller vilkår for strukturell endring som ikke gjelder tilsvarende

⁶⁵ Rt. 1995 s. 124 s. 129

⁶⁶ l.c.

⁶⁷ Imidlertid har Høyesterett ikke skilt strengt mellom tilsidesettelse av privatrettslige former i medhold av lovtolkning og gjennomskjæringsregelen, se eksempelvis Rt. 1993 s. 173: ”Om man vil anse dette for å følge direkte av selve loven eller om man vil se det slik at lovreglene suppleres med skatterettslige omgåelses- og

ved tolkning av § 6-1. Anvendes økonomisk substansunntaket i Retningslinjene på captive-spørsmålet, vil dette forutsette at captiveforsikring er fradragsberettiget etter § 6-1, da § 13-1 er en tilordningsbestemmelse. Fradragsretten må således ha hjemmel i en underliggende skattehjemmel, før det kan være aktuelt å restrukturere forsikringsavtalen etter OECDs Retningslinjer. Det er derfor, etter mitt skjønn, god grunn til å betrakte captivespørsmålet som et klassifiseringsspørsmål. De armlengdebetraktninger som Høyesterett gir uttrykk for i Schlumberger, bør derfor ikke sees som en anvendelse av armlengdeprinsippet i § 13-1/Art. 9.

Et annet argument for at captivespørsmålet ikke bør sees som et spørsmål om strukturell justering, er at strukturell justering forutsetter en etterfølgende prisjustering. Den strukturelle justerings formål etter retningslinjene er nettopp å legge til rette for en prisjustering basert på den restrukturerte transaksjon. Ved captivespørsmålet er imidlertid temaet om en forsikringsbetaling i det hele tatt kan ansees som fradragsberettiget. Dersom en captiveforsikring ikke anerkjennes som fradragsberettiget forsikring etter § 6-1, blir det således ikke tale om noe fradrag overhodet. Etterfølgende prisjustering av forsikringspremien etter § 13-1 vil således ikke være aktuelt. Internprissetting ved premiebetaling til captives er særdeles praktisk, men da som et spørsmål om premien er fastsatt på armlengdes vilkår. Et godt eksempel på dette er Rt. 2001 s. 1265 *Agip*, en avgjørelse jeg kommer tilbake til. Her var et av spørsmålene av om den premie forsikringstaker betalte sitt captive var armlengdes. Det var altså ikke spørsmål om det dreide seg om fradragsberettiget forsikring, men utelukkende om størrelsen på fradraget var armlengdes. Premien som Agip betalte sitt captive var beregnet på grunnlag av egenandeler som Høyesterett mente lå under et markedsmessig nivå. Høyesterett underkjente egenandelerne som markedsmessige vilkår og bygde prissettingen på hva premiebetalingen ville ha vært om selskapene hadde avtalt armlengdes egenandeler. Dette må etter mitt skjønn betraktes som en anvendelse av Retningslinjenes vilkår for strukturell justering, til tross for at Høyesterett ikke eksplisitt anvender Retningslinjene i premissene. Sammenlignes Schlumberger (captive-spørsmålet) med Agip (prissettingsspørsmålet), må det være klart at vilkårene for strukturelle justeringer kun er relevante ved prissettingsspørsmålet og således ikke influerer på captive-spørsmålet.

gjennomskjæringssynspunkter, kan vel nærmest være en smakssak.” Selv om formålsbetraktninger ved lovtolkning kan ha likhetstrekk med vilkårene etter gjennomskjæringsnormen, er det metodiske forskjeller. Enn viktigere blir det å skille mellom lovtolkning og anvendelse av vilkårene for strukturelle justeringer i Retningslinjenes para. 1.64.

3.2.3 Omklassifisering

Det må etter høyesterettspraksis skilles mellom klassifikasjon og omklassifikasjon.⁶⁸ Sondringen har rettslig betydning som følge av at Retningslinjenes bestemmelser om strukturelle justeringer, herunder som-strukturert prinsippet, ikke legger begrensninger for klassifikasjon, men kun angår omklassifikasjon. Et treffende eksempel på sondringen kan være riktig klassifikasjon av hybridlån, i motsetning til omklassifikasjon ved tynn kapitalisering. I begge tilfeller vil det typisk kunne være tale om å behandle en kapitaloverføring betegnet lån som egenkapital i skattemessig henseende.

Klassifiseringen som egenkapital eller lån må etter høyesterettspraksis finne sted "...på grunnlag av en samlet vurdering av de vesentlige trekk ved forholdet for å fastlegge om likheten er størst med gjeld eller egenkapital."⁶⁹ Det sentrale klassifikasjonsmoment ved grensedragningen mellom lån og egenkapital er at det "...for lån foreligger en alminnelig tilbakebetalingsplikt...". Denne sammenligningen av typiske trekk ved lån og egenkapital adskiller seg imidlertid fra den armlengdevurdering som gjøres ved tynn kapitalisering. Ved tynn kapitalisering overstiger lånebeløpet låntakerselskapets lånekapasitet og det kan således skje en omklassifisering til egenkapital i den grad uavhengige långivere ikke ville ytet lån i samme størrelsesorden. Vurderingene ved hybridlån og tynn kapitalisering er derfor av ulik karakter.

I tillegg kommer at rettspraksis har ansett spørsmålet om klassifikasjon som gjeld eller egenkapital som et enten-eller-spørsmål.⁷⁰ Kapitaloverføringen må således enten i sin helhet defineres som lån eller egenkapital. Ved tynn kapitalisering foretas det imidlertid en gradering. Det som formelt fremstår som lån, blir ikke omklassifisert til egenkapital i større grad enn det låntakerselskapets manglende lånekapasitet tilsier. Dette proporsjonalitetsprinsippet, om at kontrollerte transaksjoner ikke restruktureres i større grad enn manglende økonomisk substans/rasjonalitet tilsier, gjelder generelt for strukturelle justeringer.⁷¹

⁶⁸ Rt. 2010 s. 790 *Telecomputing*, avsnitt 41 sammenlignet med avsnitt 54.

⁶⁹ Rt. 2001 s. 851 på side 863

⁷⁰ Bullen 2010 s. 475

⁷¹ Ibid. s. 458

3.2.4 *Et konkret eksempel på forholdet mellom de tre nivåer*

Nivåinndelingen i faktumfastleggelse, klassifikasjon og omklassifisering har den metodiske konsekvens at bevisbedømmelsen må foretas før en privatrettslig klassifisering og at det må foretas en klassifisering av rettsforholdet før det kan være tale om omklassifisering. For strukturelle justeringer, hvor det er tale om omklassifisering, må det således først foreligge både bevisbedømmelse og klassifisering.

Rt. 2010 s. 790 Telecomputing illustrerer og bekrefter at strukturelle justeringer forutsetter en forutgående bevisbedømmelse og klassifikasjon – uten en slik klassifikasjon som basis, er det vanskelig å kunne foreta en reklassifisering. Avgjørelsen gjaldt hvorvidt kreditor (Telecomputing) skulle gis fradragsrett for tap på fordring mot et heleid datterselskap i USA. Morselskapet (Telecomputing) hadde overført til sammen 421 millioner etter hvert som datterselskapets kapitalbehov oppstod. Ved en konvertering av denne fordringen til aksjer, ble det realisert et tap på 380 millioner. Av dette tilkjente skattekontoret kun 75 millioner i tapsfradrag.⁷²

Hjemmelen for fradragsrett var sktl. § 6-2 (2) første punktum hvor det gis fradrag for ”annet tap i virksomhet, herunder endelig konstatert tap på utestående fordring.” Under ligningsbehandlingen ble det lagt til grunn at kun de deler av overføringen som lå innenfor datterselskapets lånekapasitet, altså de deler som datterselskapet hadde økonomisk styrke til å betjene renter på, kunne fradragsføres som tap på fordring. Den del av overføringen som selskapet ikke hadde kapasitet til å betale renter av, måtte etter ligningsmyndighetenes skjønn behandles som egenkapital og derfor nektes fradratt.⁷³ Høyesterett måtte etter dette ta stilling til to problemstillinger. For det første måtte retten avgjøre om overføringene til datterselskapet i sin helhet var lån, eller om en del måtte karakteriseres som egenkapital. I samsvar med ovennevnte terminologi, kan dette betegnes som klassifikasjonsspørsmålet – gjeld eller egenkapital. Klassifikasjonen måtte etter rettens skjønn ”besvares ved en fortolkning av rettsgrunnlaget for transaksjonen”, og retten la på dette punkt vesentlig vekt på om det forelå tilbakebetalingsplikt.⁷⁴ Spørsmålet om det forelå tilbakebetalingsplikt løste Høyesterett etter en bevisbedømmelse der det ble avgjørende at kapitaloverføringene ble betegnet som lån i betalingsbilag og regnskaper. At det ikke forelå skriftlige låneavtaler var ikke avgjørende. Høyesterett konkl-

⁷² Rt. 2010 s. 790 avsnitt 3-9

⁷³ Staten bygde således sin forståelse av § 6-2 (2) første punktum på at det i virksomhet kun gis fradrag for tap på lån i motsetning til tap på egenkapital. Det er en forståelse som ikke har holdepunkter i ordlyden der ”tap i virksomhet” er det avgjørende kriterium, mens ”tap på utestående fordring” fremstår som en eksemplifisering, jf. ordlyden ”herunder”. Spørsmålet forfølges ikke her, men se Zimmer, Høyesterettsdommer i skattesaker 2010 s. 301-332.

⁷⁴ Rt. 2010 s. 790 avsnitt 44

derte med at det ”klart” forelå en alminnelig tilbakebetalingsplikt, og beviskravet om at det mest sannsynlige faktum skal legges til grunn var derfor oppfylt.⁷⁵

Denne delen av premissene viser hvordan Høyesterett først foretar en ordinær bevisbedømmelse og deretter bygger klassifikasjonen på det avgjørende klassifikasjonskriterium, i denne sak tilbakebetalingsplikten.

Dernest stod spørsmålet for Høyesterett om klassifikasjonen som gjeld kunne omklassifiseres til lån i medhold av §13-1 første ledd. På dette punkt uttaler retten at §13-1 først og fremst kommer til anvendelse ved verdjusteringer, men at:

*”Bestemmelsen er imidlertid ikke begrenset til dette. På de vilkår som er angitt i bestemmelsen, vil den også kunne benyttes til å foreta en omklassifisering.”*⁷⁶

Som tidligere nevnt, må dette forstås som en henvisning til strukturelle justeringer, ikke til den alminnelige omgåelsesnormen. Det interessante i denne sammenheng er at Høyesterett omtaler en eventuell strukturell endring som en ”omklassifisering” og således underforstår at det i forkant er foretatt en klassifisering som en slik justering kan bygge på. Rt. 2010 s. 790 *Telecomputing* bekrefter derfor, etter mitt skjønn, at bevisvurdering og klassifisering er forstadier for strukturell justering.

3.3 Fellesvilkårene for prisjustering og strukturell justering

Det oppstilles i art. 9 og § 13-1 *første ledd* tre kumulative vilkår for så vel ren prisjustering som strukturell justering med etterfølgende prisjustering. Dersom disse vilkårene ikke er oppfylt, vil det ikke være grunnlag for å foreta en strukturell justering, da vilkårene for en prisjustering ikke vil være tilstede. Vilrårene vil således bli betegnet som fellesvilkår.

”Det kan foretas fastsettelse ved skjønn hvis skattyters formue eller inntekt er redusert på grunn av direkte eller indirekte interessefellesskap med annen person, selskap eller innretning.”

Dersom vilrårene er oppfylt, kan skjønnsfastsetting av inntekt foretas etter *tredje ledd* som om interessefellesskapet ikke hadde foreligget, altså med bakgrunn i hva uavhengige parter ville ha avtalt:

⁷⁵ Rt. 2010 s. 790 avsnitt 53

⁷⁶ Ibid. avsnitt 57

”Ved skjønnnet skal formue eller inntekt fastsettes som om interessefellesskap ikke hadde foreligget.”

3.3.1 Interessefellesskap

Det første vilkår er at det må foreligge interessefellesskap. Dette er uttrykt i § 13-1 slik at inntekt er redusert på grunn av ”direkte eller indirekte interessefellesskap.” Betegnelsen ”interessefellesskap” er ikke benyttet i art. 9 nr. 1, men det fremgår av bokstav a) og b) at interessefellesskap er en dekkende betegnelse også for art. 9. Vilkåret om interessefellesskap er en naturlig følge av armlengdeprinsippet. Dersom avtalen er inngått mellom uavhengige parter, vil det ikke være grunnlag for å anvende armlengdeprinsippet. Avtaler mellom uavhengige parter presumeres nettopp å være inngått på armlengdes vilkår.

Det kan oppstilles to typer interessefellesskap som begge omfattes; direkte og indirekte interessefellesskap. Ved direkte interessefellesskap er det forholdet mellom to parter alene som medfører interessefellesskap. Det typiske eksempel er at morselskapet eier datterselskapet. Det kan imidlertid også foreligge interessefellesskap ved indirekte tilknytning, typisk at et morselskap eier to datterselskaper. Datterselskapene vil her være i interessefellesskap, gjennom morselskapets eierskap, til tross for at de ikke har direkte eierskap i hverandre. Søsterselskaper vil således kunne være i interessefellesskap med hverandre.⁷⁷ Det fremgår direkte av ordlyden i § 13-1 at både direkte og indirekte interessefellesskap omfattes, mens det samme fremgår av art. 9 nr. 1 ved at litra a) omhandler direkte interessefellesskap, mens litra b) omhandler indirekte interessefellesskap.

Det ble tidligere beskrevet at hvem subjektene i en transaksjon kan være, er snevrere definert i art. 9 enn etter § 13-1 ved at art. 9 ikke omfatter fysiske personer. Her oppstår imidlertid spørsmålet om den tredjemann som bevirker interessefellesskapet ved indirekte interessefellesskap kan være en fysisk person. Et typisk eksempel kan være at en fysisk personer eier to selskaper. Spørsmålet er da om denne fysiske personen kan bevirke et interessefellesskap mellom juridiske personer etter art. 9 nr. 1 litra b). Ordlyden viser i bokstav b) til ”the same persons”, noe som også etter en alminnelig språklig forståelse også inkluderer fysiske personer. Jeg tolker derfor bokstav b) slik at fysiske personer kan være medvirkende til at det foreligger et interessefellesskap, men ikke selv kan være part i transaksjonen etter art. 9 nr. 1.⁷⁸

⁷⁷ Zimmer s. 151

⁷⁸ I likhet med Bjerke s. 116

Ovenfor er eierskap nevnt som en type tilknytning som kan medføre interessefellesskap. Eierskap er imidlertid kun ett av flere typer tilknytningsforhold som kan være relevant. Ved henvisningen til "management, control or capital" i art. 9 nr. 1 fremgår det eksplisitt at også andre typer tilknytningsforhold enn eierskap kan danne interessefellesskap. Samtidig er ordlyden i § 13-1, "interessefellesskap" så generell at en rekke grunnlag for tilknytning kan være relevant.⁷⁹ At flere typer innflytelsesgrunnlag er relevante, presiseres i forarbeidene:

*"Innflytelsesgrunnlaget er i prinsippet likegyldig, det kan være eiendomsrett til en dominerende aksjepost, faktisk monopol på salg av råvarer eller energi, et utstrakt låne- eller kredittforhold m.v."*⁸⁰

De tilknytningsforhold, foruten eierskap, som kan være aktuelle, er eksempelvis kreditorposisjon som långiver eller maktposisjon på grunn av avtale, eksempelvis franchise eller hovedleverandør. Også slektskap kan danne grunnlag for interessefellesskap etter § 13-1, men neppe etter art. 9, da subjektene i transaksjonen her må være juridiske personer.⁸¹

3.3.2 Inntektsreduksjon

Konstateringen av at skattyters formue eller inntekt er redusert, foretas ved en sammenligning av den kontrollerte transaksjonen med en ukontrollert transaksjon (sammenligningstransaksjonen). Da to transaksjoner sjelden er identiske, må det ofte gjøres en justering av prisen i den ukontrollerte transaksjon for å eliminere virkningene av forskjeller mellom transaksjoner. Dette gjøres ved sammenlignbarhetsanalyse etter Retningslinjene punkt 1.15 følgende, hvor det typisk tas hensyn til karakteren av det omsatte (mengde, kvalitet), markedsforhold, kontraktsvilkår og oppfyllelsen av avtalen.⁸² Spesielt med hensyn til kontraktsvilkår og oppfyllelse av avtalen, gir Retningslinjene anvisning på en funksjonsanalyse som tar i betraktning "the functions carried out (taking into account the assets used and the risks assumed)"⁸³. Den kontraktspart som eksempelvis påtar seg valutarisiko, transport eller forsikring, skal kompenseres

⁷⁹ Det er grunn til å merke seg at at den gamle bestemmelsen i §54 første ledd uttrykkelig nevnte "leverandør, långiver, garant eller lignende" som grunnlag for interessefellesskap. Videre ble "interessert ...paa væsentlig samme maate som en deltaker" endret til dagens "interessefellesskap". Det fremgår av Ot prp nr 26 (1980-81) s. 57 at dette var ment som endringer i den "språklige utforming uten vesentlige endringer i dens materielle innhold". At andre grunnlag enn eierforhold således kan medføre interessefellesskap etter § 13-1, kan således ikke være tvilsomt.

⁸⁰ Ot. Prp. nr. 26 (1980-81) s. 66

⁸¹ Bjerke s. 118

⁸² Zimmer s. 154.

⁸³ OECDs Retningslinjer punkt 1.25

for dette. Som redegjort for tidligere, er sammenlignbarhetsjusteringer noe annet enn strukturelle justeringer og vil ikke bli behandlet nærmere.

Det oppstilles ikke noe vilkår i ordlyden i art. 9 eller § 13-1 om at inntektsreduksjonen må være av en bestemt størrelse, vesentlig eller lignende. I Rt. 2001 s. 1265 bekrefter Høyesterett at ordlyden ikke skal tolkes innskrenkende, da det ble lagt til grunn at det "...etter retningslinjene ikke [er] et vilkår for justering at prisforskjellen er vesentlig eller klar."⁸⁴ Hvis sammenligningsprisen således kan fastsettes nøyaktig, vil ethvert avvik fra antatt markedspris oppfylle vilkåret. Til tross for at det ikke oppstilles vilkår om kvalifisert avvik i Retningslinjene, fraråder disse i punkt 1.68 "minor or marginal adjustments". Ofte vil det måtte fastsettes et armlengdeintervall, slik at prisen må ligge utenfor dette intervallet før vilkåret om inntektsreduksjon kan ansees oppfylt.⁸⁵

Vilkåret om reduksjon av inntekt har en side til den etterfølgende skjønnsfastsettelse av korrekt armlengdeinntekt etter § 13-1 tredje ledd. Når det tas stilling til om inntekten er redusert, må det implisitt også vurderes hva som ville vært gjengs pris dersom partene hadde opptrådt på armlengdes avstand. Imidlertid er spørsmålet etter første ledd *når* det kan foretas justering av inntekt, altså vilkårene, mens tredje ledd omhandler *hvordan* internprisen konkret skal fastsettes. Dette innebærer at bevistemaet blir ulikt. Ved bedømmelsen av om inntekten er redusert etter første ledd, kan ligningsmyndighetene nøye seg med å fastslå en reduksjon og trenger ikke gå så langt i prosessen som å fastslå en konkret armlengdepris, mens det etter tredje ledd skjønnsmessig må fikseres en bestemt pris.

Distinksjonen mellom vurderingen av vilkåret "reduert" og den etterfølgende bestemmelse av en konkret armlengdepris har også betydning for domstolenes prøvelsesrett. Hva angår domstolenes prøvelsesrett av hvorvidt vilkårene i første ledd er oppfylt, har Høyesterett gitt prejudikat for at dette er et rettsanvendelsesskjønn som domstolene kan prøve fullt ut.⁸⁶ Selv om vurderingen av vilkåret "reduert" kan inneholde vurderinger av mer økonomisk art snarene enn juridisk, vil derfor domstolene fullt ut kunne prøve både bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen.

Motsetningsvis fremgår det av Rt. 2012 s. 1025 *Norland* at "...skatteloven § 13-1 tredje ledd hjemler et fritt forvaltningsskjønn".⁸⁷ Høyesteretts begrunnelse var at "ligningsmyndighetenes skjønnsfastsettelse etter skatteloven § 13-1 tredje ledd best kan sammenlignes med skjønn

⁸⁴ Rt. 2001 s. 1265 s. 1278

⁸⁵ Zimmer s. 155

⁸⁶ Eksempelvis Rt. 1999 s. 1087 *Baker Hughes* s. 1096 og Rt. 2012 s. 1025 *Norland* i avsnitt 45

⁸⁷ Rt. 2010 s. 1025 avsnitt 62

som utøves etter ligningsloven § 8-2.”⁸⁸ Etter Norland-avgjørelsen er det derfor klart at domstolenes prøvingskompetanse ved verdsettelsesskjønnet etter tredje ledd er begrenset til å prøve om ligningsmyndighetene har bygget på et korrekt og fullstendig faktum, saksbehandlingsfeil og om skjønnet er vilkårlig eller sterkt urimelig.⁸⁹

Imidlertid kan det problematiseres om domstolenes prøvingsrett også er begrenset med hensyn til det lovbestemte skjønnsdirektiv i tredje ledd, jf. ”fastsettes som om interessefellesskapet ikke hadde foreligget”. Der det bestemmes et armlengdeintervall, er det underlagt fritt skjønn å bestemme hvor prisen skal ligge innenfor intervallet. Spørsmålet er imidlertid om domstolene kan prøve om prisen ligger utenfor et fastsatt intervall, altså om intervallet utgjør yttergrensen for ligningsmyndighetenes frie skjønnsutøvelse.⁹⁰ På dette punkt kan det sammenlignes med ligningsloven § 8-1 (1) tredje punktum, der det fremgår at ligningsmyndighetene kan ”endre skjønsmessige beløp som skattyteren har ført opp, når de finner grunn til det”. Bestemmelsen oppstiller, i motsetning til § 13-1 (3), intet skjønnsdirektiv, men overlater vurderingen til ligningsmyndighetene, jf. ”når de finner grunn til det”. Til tross for at skjønnet således er ”friere” etter § 8-1 (1) tredje punktum enn etter § 13-1 (3), har Høyesterett i Rt. 2009 s. 105 *SEB Enskilda* (avsnitt 112) uttrykt at domstolene har full overprøvingskompetanse etter § 8-1 (1) tredje punktum. Hensynet til konsistens er derfor et argument for at domstolene kan prøve hvorvidt prisen ligger utenfor armlengdeintervallet etter § 13-1 (3). Imidlertid viser Rt. 2012 s. 1025 *Nordland* i premissene generelt til § 13-1 (3). Det er derfor tvilsomt om dommen kan tolkes innskrenkende med bakgrunn i ovennevnte sammenhengsbetraktninger.

At vurderingen av vilkårene i § 13-1 første ledd etter høyesterettspraksis hjemler et rettsanvendelsesskjønn med full prøvingsrett har betydning også for de alternative vilkårene for strukturell justering i Retningslinjenes punkt 1.65. Ved vurderingen av om vilkåret om økonomisk substans eller økonomisk rasjonalitet er oppfylt, blir således spørsmålet om dette skal vurderes som et rettsanvendelsesskjønn i likhet med de øvrige tre vilkår i første ledd. Alternativet er at vilkårene for strukturell justering skal undergis et fritt forvaltningsskjønn med begrenset prøvelsesrett for domstolene, i likhet med § 13-1 tredje ledd om verdsettelsesskjønnet. Vilkårene for strukturell justering i Retningslinjene fremgår ikke av ordlyden i § 13-1 første ledd. Høyesterettsprejudikatene om et rettsanvendelsesskjønn med full prøvingsrett etter første ledd, kan således ikke anvendes direkte på vilkårene for strukturell justering i Retningslin-

⁸⁸ Rt. 2010 s. 1025 avsnitt 58

⁸⁹ Det kan hevdes at det er lite treffende å sammenligne faktumsskjønn etter ligningsloven § 8-2 med et verdsettelsesskjønn etter § 13-1 (3). Ved skjønnsstilling etter § 8-2 kreves det at skattyter sterkt har misligholdt sin opplysningsplikt, mens internprissetting etter § 13-1 kan foretas selv om skattyter fullt ut har oppfylt sin opplysningsplikt, se kritikken i Andreas Bullen, Forelesningsnotater Norsk Olje og Gass Skatteseminar 7. mai 2013.

⁹⁰ Bjerke 1997 s. 154

jene. Spørsmålet er imidlertid om høyesterettspraksis kan anvendes per analogi. Det kan her vektlegges at økonomisk substans- og rasjonalitetsunntaket er formulert som vilkår for internprissetting ved strukturelle endringer. Det er således ikke tale om å fastsette en bestemt pris med bakgrunn i en skjønnsmessig verdsettelsesnorm, slik som i § 13-1 tredje ledd. Substans- og rasjonalitetsunntaket inneholder tvert om elementer som inngår i regler hvor domstolene vanligvis har full prøvingsrett. Eksempelvis inneholder substansunntaket vurderinger som i rettslig karakter kan ligne vurderinger som foretas under egenverdikriteriet i omgåelsesnormens totalvurdering. Det må derfor være klart at økonomisk substans og rasjonalitetsunntaket er underlagt et rettsanvendelsesskjønn med full domstolsprøving.

3.3.3 Årsakssammenheng

Det følger av ordlyden i § 13-1 (1) og art. 9 nr. 1 at interessefellesskapet må ha vært årsak til inntektsreduksjonen, jf. henholdsvis ”på grunn av” og ”but for those conditions”. Det er således ikke tilstrekkelig at eksempelvis et selskap har lavere resultat enn hva som er gjengs i bransjen. Et slikt lavere resultat kan skyldes strategier for å erobre nye markeder, at selskapet er i etableringsfasen, nye maskiner med høye avskrivninger osv.

3.3.4 En sammenligning av fellesvilkårene med den ulovfestede omgåelsesnorm⁹¹

Utviklingen av en gjennomskjæringsregel startet så tidlig som på 1920-tallet med Høyesteretts dommer om skattesalg. På 1960-tallet ble det oppstilt et krav om økonomisk realitet ved at Høyesterett i Rt. 1966 s. 1189 uttalte at ”[h]ar transaksjonene ikke en viss egenverdi m.h.t. økonomiske realiteter, vil de skatterettslig sett ligge i faresonen selv om de privatrettslig er uangripelige.”⁹² I senere år har vilkårene for gjennomskjæring blitt formulert tilnærmet identisk i høyesterettspraksis, noe som tyder på at praksis nærmer seg en mer skarpt definert gjennomskjæringsregel. Det er i dag klart at gjennomskjæringsregelen består av to kumulative vilkår, et grunnvilkår om skattemessig motivasjon og en totalvurdering. Det hitsettes fra Rt. 2008 s. 1510 *Reitan*, hvor Høyesterett bygger redegjørelsen for vilkårene på tidligere avgjørelser:

⁹¹ I internasjonale sammenhenger benyttes betegnelsen GAAR (General Anti-Avoidance Rules) om gjennomskjæringsregler i intern rett. Gjennomskjæringsregelen er en slik GAAR. Spørsmålet om en slik GAAR kan få sitt virkeområde begrenset av as-structured prinsippet vil jeg behandle senere.

⁹² Rt. 1966 s. 1189 s. 1193

*”Grunnvilkåret går ut på at det hovedsakelige formål med disposisjonen har vært å spare skatt eller avgift. Dette er et nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår for gjennomskjæring. For at gjennomskjæring skal kunne foretas, kreves i tillegg at det ut fra en totalvurdering av disposisjonens virkninger (herunder dens forretningsmessige egenverdi), skattyters eller den avgiftspliktiges formål med disposisjonen og omstendighetene for øvrig fremstår som stridende mot skatte- eller avgiftsreglenes formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen eller avgiftsfastsettelsen, se Rt-2007-209 (Hex) avsnitt 39 og Rt-2006-1232 (Telenor) avsnitt 47 med henvisninger til tidligere rettspraksis. Det er tillatt å tilpasse seg skatte- og avgiftsreglene, men ikke å omgå eller utnytte disse i strid med det formål de har, jf. Hex-dommen avsnitt 42.”*⁹³

Grunnvilkåret om skattemessig motivasjon ble i Rt. 2006 s. 1232 formulert slik at skattebesparelsen må fremstå som ”den klart viktigste motivasjonsfaktor”.⁹⁴ Høyesterett presiserte videre at denne motivasjonsfaktor skal vurderes subjektivt ved at det ”[i] forhold til grunnvilkåret for gjennomskjæring er det avgjørende hva skattyter må antas å ha lagt vekt på.”⁹⁵ Det er således bestemmende hva skattyters subjektive hensikt har vært. At skattyters subjektive formål er avgjørende bekreftes og begrunnes i Rt. 2007 s. 209 Hex:

*”Bakgrunnen for at det avgjørende er hva skattyteren må antas å ha lagt vekt på, er at formålet med gjennomskjæringsregelen er å forhindre omgåelse av skattereglene.”*⁹⁶

Ved en sammenligning av gjennomskjæringsregelen med omklassifisering etter § 13-1 (1), kan det bemerkes at gjennomskjæringsregelens grunnvilkår om skattemessig motivasjon ikke har noen parallell i § 13-1(1).⁹⁷ Sistnevnte bestemmelse krever en objektiv inntektsreduksjon som følge av et interessefellesskap, men krever ikke at den skattyter som har fått sin inntekt redusert har hatt til hensikt å redusere skatten. Enn mindre kreves det at skattebesparelsen fremstår som ”den klart viktigste motivasjonsfaktor”. At omgåelseshensikt heller ikke er et vilkår ved justering etter OECDs Retningslinjer fremgår av punkt 1.2:

”...en skattejustering i henhold til armlengdeprinsippet...kan være påkrevet også i de tilfelle der det ikke foreligger noen hensikt om skatteunngåelse eller skatteeliminering.”

⁹³ Rt. 2008 s. 1510 avsnitt 59

⁹⁴ Rt. 2006 s. 1232 avsnitt 49

⁹⁵ Ibid. avsnitt 50

⁹⁶ Rt. 2007 s. 209 avsnitt 49

⁹⁷ Dette ble avklart allerede i Rt. 1936 s. 833 *Allers* på side 834: ”det... er ikke nogen betingelse for anvendelsen av § 46, første punktum, at der foreligger proforma verk eller den hensikt at forrykke beskatningsforholdene”. Bestemmelsen i § 46 var forgjengeren til § 13-1.

Dersom et morselskap selger driftsmidler underpriset til et datterselskap med den primære hensikt å bistå datterselskapet i en vanskelig situasjon, kan dette rammes av § 13-1(1). Noe motiv om skattereduksjon er ikke påkrevet. Etter gjennomskjæringsregelen vil spørsmålsstillingen imidlertid være om det subjektive hovedformålet var å redusere skatten eller bistå datterselskapet (økonomisk egenverdi).

Det forhold at grunnvilkåret består i at det hovedsakelige formål med den aktuelle disposisjon må ha vært å spare skatt, bedømt etter skattyters subjektive motivasjon, mens inntektsreduksjonsvilkåret etter §13-1 (1) består i en objektiv vurdering av hvorvidt inntekten er redusert etter armlengdevurderinger, bekrefter at formålet med de to regelsett er forskjellig. Gjennomskjæringsnormens formål er å hindre omgåelse, mens § 13-1 (1) skal sikre riktig tilordning mellom parter i et interessefellesskap.

Denne ulikhet i reglenes formål forklarer også hvorfor det etter gjennomskjæringsregelen ikke gjelder noe vilkår om interessefellesskap. Omgåelsesdisposisjoner kan foretas uten at skattyter er i et interessefellesskap med et annet subjekt. Dette illustreres ved de skattesalgsavgjørelser hvor transaksjonene har vært sirkulære. Skattyter foretar i disse tilfellene disposisjoner hvor det privatrettslig er tale om realisasjon, typisk med sikte på tapsfradrag, men hvor resultatet av transaksjonene sett i sammenheng ikke endrer den økonomiske realitet. Et illustrerende eksempel i så måte, er Rt. 1925 s. 472 *Kallevig*. Skattyter satt i saken med en beholdning på 25 aksjer i Det Utenlandske Skovindustrielskap som representerte et urealisert tap. Kallevig kjøpte så 25 nye aksjer i selskapet, før han fire dager senere solgte de først kjøpte aksjer til samme kurs som han hadde ervervet de nye aksjer for fire dager i forveien. Kallevig beholdt således eierinteressen i selskapet samtidig som han oppnådde et tapsfradrag. Høyesterett skar imidlertid gjennom den privatrettslige realisasjon og nektet tapsfradrag. Saken illustrerer at det ved sirkulære transaksjoner ikke er noe vilkår etter omgåelsesnormen at skattyter står i et interessefellesskap med et annet subjekt.⁹⁸ Spørsmålet om Kallevig stod i et interessefellesskap med kjøper av de solgte aksjene, var således ingen relevant problemstilling.

Det kan etter dette spørres om terskelen for å foreta omklassifisering etter § 13-1 (1) er lavere enn etter den ulovfestede gjennomskjæringsregelen. Eksempelvis har Zimmer hevdet at "...vilkårene etter § 13-1 gjennomgående er lettere å oppfylle enn etter omgåelsesnormen...".⁹⁹ Dette uttales i drøftingen av rekkevidden av Høyesteretts uttalelse i *Telecomputing*

⁹⁸ Heller ikke ved lineære transaksjoner, typisk salg via mellomledd, er det vilkår om interessefellesskap, men her vil det ofte rent faktisk foreligge slikt fellesskap mellom selger og mellommann.

⁹⁹ Zimmer, Høyesterettsdommer i skattesaker 2010 s. 317 (petitavsnitt)

om at § 13-1 ”vil...også kunne benyttes til å foreta en omklassifisering”.¹⁰⁰ Zimmers syn er at denne uttalelsen bør tolkes innskrenkende for å unngå at terskelen for å omklassifisere privatrettslige disposisjoner senkes. Det kan imidlertid problematiseres om Zimmers uttalelse, om at terskelen for å anvende § 13-1 ved omklassifisering er lavere enn etter omgåelsesnormen, er riktig. Zimmer synes ikke å ta i betraktning at manglende økonomisk substans eller rasjonalitet er tilleggsvilkår ved omklassifisering etter § 13-1. Det er ikke gitt at økonomisk substans eller rasjonalitetsunntaket lempet på kravene i forhold til totalvurderingen etter omgåelsesnormen. Selv om rettspraksis vedrørende omgåelsesnormen går langt i å akseptere transaksjoner med ”en viss, om enn begrenset, forretningsmessig egenverdi”, er reklassifisering etter § 13 (1) underlagt en restriktiv vurdering ved at slik omklassifisering kun skal finne sted i ”exceptional cases” etter retningslinjene.¹⁰¹

Riktignok gjenstår at omgåelsesnormens anvendelse forutsetter omgåelseshensikt vurdert etter skattyters subjektive formål, mens § 13-1 (1) krever inntektsreduksjon som følge av interessefellesskap. Det kan imidlertid spørres om dette medfører noen reell ulikhet i terskelen for anvendelse. Foreligger det først inntektsreduksjon som følge av interessefellesskap, vil ofte det hovedsakelige formål ha vært å spare skatt. I Rt. 2006 s. 1232 *Telenor* uttales det således at:

*”Dersom den dominerende virkning av disposisjonen er at skattyteren sparer skatt, og denne skattebesparelsen er av noe omfang, er det en sterk presumpsjon for at denne har vært den viktigste motivasjonsfaktor.”*¹⁰²

Imidlertid gjenstår det at § 13-1 (1) ikke krever at den ”dominerende virkning” av en transaksjon er skattebesparelse. Som tidligere nevnt, vil et hvert avvik fra armlengdepris oppfylle vilkåret om inntektsreduksjon. Noe vilkår om vesentlig reduksjon oppstilles ikke. I en transaksjon hvor hovedformålet har økonomisk egenverdi, men prisen er noe lavere enn mellom uavhengige parter, kan således § 13-1 anvendes. Dette i motsetning til gjennomskjæringsregelen. Det må derfor konstateres at ”inntektsreduksjon” gjennomgående er lempeligere enn hovedsakelig formål om skattereduksjon, men at bildet kompliseres når tilleggsvilkåret om økonomisk substans/rasjonalitet i Retningslinjene trekkes inn.

¹⁰⁰ Rt. 2010 s. 790 *Telecomputing* i avsnitt 57

¹⁰¹ Se Rt. 1997 s. 1580 *Zenith* sammenholdt med Retningslinjenes para. 1.64 (1)-(2) som etablerer As-Structured Prinsippet.

¹⁰² Rt. 2006 s. 1232 avsnitt 51

3.4 *Gjelder det et særegent vilkår om skattebesparelseshensikt for strukturell justering?*

Som vist ovenfor, kan det ikke utledes noe vilkår om skattebesparelsesmotiv av ordlyden i art. 9 (1). Dette bekreftes også av Retningslinjene punkt 1.2 hvor det fremheves at spørsmål om internprising ikke må forveksles med spørsmål relatert til skattesvik eller skatteunngåelse. Det fremheves således at:

”...a tax adjustment under the arm’s length principle ...may be appropriate even where there is no intent to minimize or avoid tax.”

Spørsmålet her er om denne uttalelsen også sikter til strukturell justering. Majoriteten av de justeringer som Retningslinjene regulerer er rene prisjusteringer uten forutgående strukturell justering. Det kan derfor være tenkelig at uttalelsen om skattemotiv kun tar sikte på slike ordinære prisjusteringer. Strukturelle justeringer skal kun foretas i eksepsjonelle saker, og det kan derfor godt tenkes at et skjerpet vilkår om skatteunngåelsesmotiv ville vært hensiktsmessig. Følgene av strukturell justering og anvendelse av omgåelsesnormen kan også ha felles trekk, slik at et vilkår om skattemotiv kunne skapt større grad av rettsenhet. På den annen side oppstilles det ikke noe vilkår om skattemotiv i tilknytning til unntakene i punkt 1.65. En slik eksplisitt stillingtagen ville vært naturlig dersom intensjonen var et vilkår om skattemotiv. Konklusjonen er derfor at det heller ikke for strukturelle justeringer gjelder et vilkår om skatteunngåelsesmotiv.¹⁰³

3.5 *Det metodiske utgangspunkt for strukturell justering – avtalefrihet*

Hovedregelen i norsk rett er at skattyteren skal skattlegges på basis av faktisk handlemåte. Skattyterens faktiske gjennomførte transaksjoner/disposisjoner legges til grunn. Et hypotetisk hendelsesforløp som kunne ha økt skattebyrden er derfor i utgangspunktet irrelevant. Dette utgangspunktet følger naturlig av den enkelte skattehjemmel, som blant annet knytter skatteplikten til innvinningskriterier, sammenholdt med legalitetsprinsippet. Dersom skattyterens faktiske handlemåte ikke oppfyller vilkårene i skattehjemmelen, oppstår som hovedregel ingen skatteplikt. Det samme utgangspunkt kommer også til uttrykk i de alminnelige regler om tilordning, der subjektet som etter det underliggende forhold er berettiget til inntekt skal tilordnes denne inntekten.¹⁰⁴ At skattyters faktiske handlemåte er avgjørende ligger således implisitt i juridiske metoderegler om tolkning og subsumpsjon, men har også kommet til uttrykk i høyesterettspraksis relatert til omgåelsesnormen:

¹⁰³ Bullen 2010 på side 383

¹⁰⁴ Zimmer s. 111

”utgangspunktet i skatteretten [er] at de skattemessige virkninger av en disposisjon, eller en transaksjon, beror på det innhold partene selv har gitt disposisjonen eller transaksjonen, bedømt etter alminnelige formuerettslige regler. Den materielle ordning partene har etablert seg imellom, innenfor avtalefrihetens ramme, styrer også de skattevirkninger ordningen skal få.”¹⁰⁵

Denne uttalelsen må innebære at både avtalt pris og andre kontraktsvilkår som hovedregel skal legges til grunn i norsk rett. Dersom eksempelvis selger av en eiendom kunne oppnådd høyere pris på eiendommen hvis han hadde markedsført i flere kanaler, skal denne ekstra inntektsmulighet ikke komme til beskatning. Det samme utgangspunktet gjelder for andre kontraktsvilkår enn prisfastsettelsen. Dersom en part kunne inngått avtale til samme pris, men unngått en valutaklausul hvor valutarisikoen materialiseres til hans ulempe, kan han ikke beskattes for den merinntekt han kunne fått uten valutaklausulen. Den problemstilling som i det følgende skal drøftes er i hvilken utstrekning armlengdeprinsippet i § 13-1 gjør innhugg i dette utgangspunktet. Alternativt formulert som et spørsmål om i hvilken grad armlengdeprinsippet ikke bare griper inn i prisfastsettelsen, men også andre kontraktsvilkår. På dette stadium er det imidlertid interessant å merke seg at utgangspunktet om anerkjennelse av skattyters faktisk foretatte transaksjon, slik den er strukturert av partene, er felles for både omgåelsesnormen og strukturelle justeringer.

3.6 *Ordlyden i art. 9 (1) annet ledd*

Det naturlige utgangspunkt ved drøftingen av adgangen til å foreta strukturelle justeringer, er den ordlyd som justeringen foretas i medhold av.¹⁰⁶ Wien-konvensjonen art. 31 fastslår at traktater skal tolkes objektivt ”in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty”. De traktater som bygger på mønsterskatteavtalen vil således måtte tolkes objektivt med utgangspunkt i ordlyden.¹⁰⁷ Art. 9 (1) annet ledd taler generelt om at ”profits” kan bli justert når det avtales ”conditions” som avviker fra hva uavhengige parter ville avtalt. Spørsmålet blir i det følgende hva som omfattes av ordlyden ”conditions”.¹⁰⁸ Omfatter ordlyden kun prisen som sådan eller også andre kontraktsvilkår som forutsetningsvis påvirker prisen?

¹⁰⁵ Rt. 1994 s. 1064 Bye på side 1071

¹⁰⁶ Jeg minner imidlertid om at skatteplikt basert på strukturelle justeringer må ha et trippelt hjemmelsgrunnlag: en underliggende materiell skattehjemmel, tilordningsbestemmelsen i § 13-1 og art. 9 (1) som setter rammen i skatteavtalesituasjonen.

¹⁰⁷ Tolkningsreglene Wienkonvensjonen av 1969 artiklene 31-33 antas å kodifisere folkerettslig sedvanerett og er således bindende for stater som ikke har ratifisert konvensjonen, eksempelvis Norge.

¹⁰⁸ I norsk språkdrakt synes ordlyden ”vilkår” å være en naturlig oversettelse.

En naturlig språklig forståelse av "conditions" (vilkår) tilsier at begrepet generelt omfatter alle typer kontraktsvilkår. I mønsteravtalen er imidlertid begrepet brukt i en juridisk kontekst og i engelsk språkdrakt. Spørsmålet er derfor om "conditions" har en snevrere betydning innen engelskspråklig juridisk terminologi. Ved besvarelsen av dette, kan det sees hen til definisjoner i engelskspråklig juridisk litteratur. Således defineres "conditions" i Black's Law Dictionary som "prerequisite in a contract" og "a term, provision or clause in a contract".¹⁰⁹ Definisjonene taler således for at "conditions" i likhet med norsk retts "vilkår" må forstås generelt. Utgangspunktet synes således å være at alle kontraktsvilkår omfattes rent språklig.

Videre følger det av Wien-konvensjonen art. 31 at uttrykk skal tolkes "in their context". Den øvrige ordlyd i art. 9 (1) taler således om justering av "profits", mens betegnelsen "prices" ikke forekommer i ordlyden. Da ikke bare prisene, men også andre kontraktsvilkår, bestemmer profitten i et selskap, synes det således naturlig at justering av "profits" kan bygge på justering av andre kontraktsvilkår enn pris.

Ved kontekstuell tolkning vil det også være relevant å se hen til øvrige artikler i mønsteravtalen som bygger på armlengdeprinsippet.¹¹⁰ Artiklene 11(6) og 12(4), som regulerer nedjustering av henholdsvis rente og royalty, kan ved sin ordlyd gi tolkningsmateriale. Det vises i artiklene til "the amount" av rente/royalty i motsetning til "conditions" i art. 9. I juridisk teori har det blitt vektlagt at når formuleringen "conditions" således er videre enn "amount", må dette tolkes som et uttrykk for at strukturelle justeringer omfattes av art. 9. Argumentasjonen synes å være at språklig konsistens ville vært naturlig dersom adgangen til strukturell justering skulle være den samme.¹¹¹ Dette argumentet får etter mitt skjønn styrke når ordlyden "the amount" sammenholdes med passusen "having regard to" som viser til den underliggende avtalestruktur, henholdsvis "debt-claim" og "use, right or information". Formuleringen "having regard to" indikerer at avtalestrukturen skal legges til grunn ved justeringen, og kan således betraktes som en parallell til som-strukturert prinsippet. Imidlertid gis det i Retningslinjene ingen unntak fra dette prinsippet i tilknytning til art. 11 og 12. Artikkelen 11 vil eksempelvis ikke gi grunnlag for omklassifisering fra lån til egenkapital i et tilfelle av tynn kapitalisering. Også kommentarene bekrefter at art. 11(6) og art. 12(4) ikke hjemler strukturell justering av låne- eller royaltyavtaler, derimot kun prisjustering.¹¹² Når således strukturell justering ikke er hjemlet i art. 11 og 12, synes det å være naturlig at art. 9 benytter ordlyden "conditions", i motsetning til "the amount", for å indikere at strukturelle justeringer kan være hjemlet i art. 9.

¹⁰⁹ Se Bullen 2010 side 110

¹¹⁰ I tillegg til art. 9 bygger art. 7, art. 11(6) og art 12(4) i OECDs mønsterskatteavtale på armlengdeprinsippet.

¹¹¹ Se eksempelvis Bullen 2010 s. 111

¹¹² OECDs Kommentarer Art. 11 Para. 35 (rente) og Art. 12 Para. 22 (royalty)

Videre følger det av Wien-konvensjonen artikkel 31 første ledd at traktaten skal tolkes ”in light of its object and purpose”. OECDs mønsteravtale og de traktater som bygger på denne har til formål å forebygge internasjonal dobbeltbeskatning. Bestemmelsene i mønsteravtalens kapittel 3 har som hovedformål å unngå dobbeltbeskatning av samme subjekt ved å fordele skattleggingsretten mellom hjemstat og kildestat. Disse distributive reglene har således til formål å unngå juridisk dobbeltbeskatning. Formålet med art. 9 er derimot er å forhindre økonomisk, i motsetning til juridisk, dobbeltbeskatning. Dette gjøres ved at art. 9 regulerer hvorledes inntekter skal allokteres mellom to uavhengige, men assosierte subjekter.¹¹³ Også art. 9 fordeler således skattefundamentet mellom to stater ved at den setter begrensninger for anvendelsen av interne armlengdebestemmelser. Når formålet med skattetraktatene er å unngå dobbeltbeskatning, må det kunne vektlegges ved tolkningen at art. 9 har til formål å unngå økonomisk dobbeltbeskatning. Spørsmålet er om strukturelle justeringer strider mot formålet om å forebygge økonomisk dobbeltbeskatning. Uttalelser i Retningslinjene kan indikere at ”conditions” bør presiseres til kun å gjelde prisjustering basert på en formålstolkning av art. 9. Det vektlegges således at restrukturering kan være ”en fullkomment vilkårlig manøver, hvis urettferdighet”;

”...could be compounded by double taxation created where the other tax administration does not share the same views as to how the transaction should be structured.”¹¹⁴

Retningslinjene påpeker således den risiko for dobbeltbeskatning som oppstår hvor en stat restrukturerer og den annen stat ikke deler samme syn på hvorledes transaksjonen bør struktureres. I tillegg kan situasjonen være at statene ikke er enig om hvorvidt strukturell justering overhodet kan finne sted. Det faktum at uenigheten kan angå spørsmålet både om og hvorledes strukturell justering skal foretas, skaper usikkerhetsmomenter i samarbeidet mellom stater for å unngå dobbeltbeskatning. Risikoen for dobbeltbeskatning må således antas å være høyere hvor statene ikke legger samme transaksjon til grunn for prisjusteringen. I tillegg kommer at strukturelle justeringer generelt medfører større grad subjektive vurderinger og variabler enn ren prisjustering.¹¹⁵ Formålet med art. 9 taler således mot at ”conditions” etter en presiserende fortolkning omfatter strukturelle justeringer.

Selv om formålet taler mot å tolke art. 9 slik at ”conditions” omfatter strukturelle justeringer, må en objektiv fortolkning av ordlyden og dens kontekst ha større vekt etter Wien-

¹¹³ Bullen 2010 s. 68

¹¹⁴ Retningslinjene para. 1.64(3)

¹¹⁵ Bullen 2010 s. 245

konvensjonens art. 31 første ledd. Det konkluderes således med at ordlyden i art. 9 etter en presiserende fortolkning ikke utelukker strukturell justering.

3.6.1 *En sammenligning med ordlyden i § 13 (1)*

Sammenlignes art. 9 (1) med § 13-1 (1) er det påfallende at ordlyden i § 13 (1) er helt generell. Det tales om at inntekt må være ”reduisert på grunn av...interessefellesskap”, men det oppstilles ikke noe krav om hvilken måte inntekten må være redusert på, for eksempel ved skjev prissetting. I forarbeidene understrekes det imidlertid at § 13(1) først og fremst tar sikte på ”skjev prissetting”.¹¹⁶ Disse forarbeidene stammer fra en teknisk revisjon. I de opprinnelige forarbeider fra 1981, hvor bestemmelsen ble gitt den utforming den har i dag, heter det allikevel at måten inntektsreduksjonen har kommet i stand på

”er i prinsippet uten betydning. Det kan gjøres ved uriktig prisfastsetting på varer, tjenester eller andre ytelser, unaturlig høy lånefinansiering m.v.”¹¹⁷

Spesielt relevant er at forarbeidene ved henvisningen til ”unaturlig høy lånefinansiering” viser til en typisk strukturell justering i tilfeller av tynn kapitalisering under økonomisk substans-unntaket, jf. Retningslinjene punkt 1.65 fjerde punktum. Det kan derfor konkluderes med at ordlyden i § 13-1 (1), i likhet med art. 9, ikke utelukker strukturell justering per se.

3.7 *Som-strukturert prinsippet i punkt 1.64¹¹⁸*

Som-strukturert prinsippet er formulert i Retningslinjenes punkt 1.64 første og annet punktum under overskriften “[r]ecognition of the actual transactions undertaken” og lyder slik:

*”A tax administration’s examination of a controlled transaction ordinarily should be based on the transaction actually undertaken by the associated enterprises as it has been structured by them...In other than exceptional cases, the tax administration should not disregard the actual transactions or substitute other transactions for them.”*¹¹⁹

Prinsippet etablerer hovedregelen om at strukturelle justeringer i utgangspunktet ikke kan foretas av skattemyndighetene. Ordlyden i punkt 1.64 signaliserer imidlertid at prinsippet ikke

¹¹⁶ Ot. Prp. nr. 86 (1997-1998) på side 75

¹¹⁷ Ot. Prp. nr. 26 (1980-1981) på side 66

¹¹⁸ OECDs Retningslinjer benytter ikke selv betegnelsen ”as-structured principle”. Dette er en terminologi som stammer fra David Franciscucci, se Bullen, Arm’s Length Transaction Structures s. 16

¹¹⁹ OECDs Retningslinjer punkt 1.64. I norsk oversettelse fra 1995 følger prinsippet av punkt 1.36.

representerer et absolutt forbud mot strukturelle justeringer, men at terskelen for slike justeringer ligger høyt, jf. at justeringer kun kan foretas i ”exceptional cases”. En slik eksepsjonaltetsstandard reflekterer at vilkårene for strukturell justering i punkt 1.65 er strenge.

Etter mitt skjønn, gir Retningslinjenes formulering av som-strukturert prinsippet rettskildegrunnlag for en innskrenkende fortolkning av art. 9 (1). Ordlyden ”conditions” er som nevnt generell og utelukker derfor ikke strukturelle justeringer. Retningslinjenes punkt 1.64 innskrenker imidlertid art. 9 til som hovedregel å autorisere kun ren prisjustering.¹²⁰ Imidlertid er som nevnt som-strukturert prinsippet ikke absolutt, og de unntak fra prinsippet som er gitt i Retningslinjene punkt 1.65 utvider igjen adgangen til å foreta strukturelle justeringer. Metodisk er det interessant å merke seg at som-strukturert prinsippet gir grunnlag for en innskrenkende fortolkning av art. 9 (1) og at unntakene fra prinsippet dernest igjen utvider adgangen til strukturell justering. På traktatrettens område har en objektiv ordlydsfortolkning stor vekt. Det er derfor interessant å merke seg at OECDs Retningslinjer, til tross for at de ikke er juridisk bindende for medlemslandene,¹²¹ leder til en innskrenkende fortolkning av traktatens ordlyd.

As-structured prinsippet leder til at det er større anledning til å avtale vilkår som avviker fra hva som er markedsmessig dersom vilkårene er av strukturell art snarere enn prisvilkår. Dette kan også formuleres slik at armlengdeprinsippet rekker noe kortere for strukturelle vilkår enn prisvilkår. Ved ren prisjustering vil ethvert avvik fra markedspris være relevant, mens skattyteren er gitt større frihet til opptre markedsmessig irrasjonelt ved strukturelle vilkår. Dersom eksempelvis et norsk morselskap selger IT-tjenester til et datterselskap i Romania, kan skattemyndighetene gripe inn dersom prisen avviker fra markedspris på slike tjenester i Romania.¹²² At morselskapet kunne oppnådd høyere pris ved salg av tjenestene til en norsk kjøper, må sees som et strukturelt spørsmål som skattemyndighetene som hovedregel ikke kan justere.¹²³ Ved valg av marked, vil også skattyteren velge hvilke vilkår som skal være en del av avtalen. Eksempelvis vil salg på det rumenske markedet lede til at rumensk bakgrunnsrett, for eksempel obligasjonsrettslige prinsipper ved salg av tjenester, kommer til anvendelse på avtalen. Dette kan igjen påvirke prisen på tjenesten, ved at eksempelvis en kjøper av tjenester i Romania har færre rettigheter etter bakgrunnsretten og således kan forhandle lavere pris enn

¹²⁰ Alternativt kan man se det slik at as-structured prinsippet sett i sammenheng med unntakene i punkt 1.65 representerer en presiserende fortolkning av art. 9 (1). Slik Bullen, *Arm’s Length Transaction Structures* 2011 på side 124.

¹²¹ Ot. Prp. nr. 62 (2006-2007) på side 11

¹²² At salget skjer til underpris for å bistå datterselskapet og ikke med den hensikt å redusere skatten i Norge er ikke til hinder, jf. konklusjonen i kapittel 3.4 om at det ikke gjelder vilkår om skatteunngåelsesmotiv.

¹²³ Slik også Bjerke 1997 på side 169

en norsk kjøper. Slike strukturelle vilkår ved valg av marked kan skattemyndighetene som hovedregel ikke justere etter som-strukturert prinsippet.

3.8 *Grensedragningen mellom strukturelle vilkår og prisvilkår*

En avtale vil typisk bestå av en rekke ulike kontraktsvilkår. Foruten den pris som skal betales vil det ofte gis bestemmelser om hvilke funksjoner de respektive partene skal oppfylle (transport, forsikring), risikofordeling (valutafluktuasjoner), garantibestemmelser, samt definere den vare eller tjeneste som skal overføres (kvalitet, kvantitet). Alle slike kontraktsvilkår vil potensielt kunne påvirke prisen. I noen tilfeller vil heller ikke prisen fremkomme direkte som et oppgitt beløp i avtalen, eksempelvis ved makeskifte av eiendom mellom to assosierte foretak. Som følge av at prisen avhenger av øvrige kontraktsvilkår, kan det være vanskelig å skille.

Siden terskelen for å foreta strukturelle justeringer er betraktelig høyere enn ved ren prisjustering,¹²⁴ vil det kunne ha stor betydning å trekke grensen mellom disse to kategorier kontraktsvilkår. Som-strukturert prinsippet legger kun begrensninger på justering av strukturelle vilkår, i motsetning til prisvilkår. Desto videre rekkevidde som-strukturert prinsippet gis på dette punkt, jo snevrere rammer vil settes for skattemyndighetenes adgang til å foreta internprissetting. For en konkret skattyter vil det derfor kunne være fordelaktig at strukturelle vilkår defineres vidt.

Når grensen skal trekkes mellom prisvilkår og strukturelle kontraktsvilkår, kan det tas utgangspunkt i et kvalitativt kriterium, der grensen trekkes på bakgrunn av vilkårenes materielle natur. Alternativt kan det hevdes at grensen skal trekkes på bakgrunn av et kvantitativt kriterium, hvor kun omfattende justering av kontraktsvilkår leder til karakteristikken strukturell justering og således blir begrenset av som-strukturert prinsippet.¹²⁵ Etter et kvantitativt kriterium vil justering av vilkår som etter sin natur er av strukturell karakter, kun begrenses av punkt 1.64 dersom de overstiger et visst omfang. Er det eksempelvis tale om en betalingsfrist, vil det neppe oppfylle et kvantitativt kriterium om denne fristen etter en armlengdevurdering utvides med noen dager, selv om bestemmelser om betalingsfrist etter sin natur er et strukturelt vilkår.

Ved avgjørelsen av hvilken prinsipiell tilnærningsmåte som er den riktige, må det sees hen til at ordlyden i punkt 1.64 synes å sikte til det materielle innhold i vilkårene, jf. "structure". Vi-

¹²⁴ jf. Retningslinjene punkt 1.64 (2): "in other than exceptional cases".

¹²⁵ Bullen 2010 s. 182 og 193

dere antyder ikke Retningslinjene at det skal skilles mellom omfattende og mindre omfattende strukturelle justeringer. Et slikt skille ville også vært vanskelig å håndheve i praksis. Jeg konkluderer derfor med at strukturelle vilkår skal defineres på bakgrunn av materiell natur, altså etter et kvalitativt kriterium.

Selv om Retningslinjene ikke eksplisitt gir anvisning på hvordan grensen skal trekkes etter et kvalitativt kriterium, kan tolkningsmomenter hentes i det øvrige materialet, fortrinnsvis i beskrivelsen av internprisingsmetodene og sammenlignbarhetsjusteringer.¹²⁶ I Retningslinjenes kapittel II beskrives ulike internprisingsmetoder for å komme frem til riktig armlengdepris. De sider av et avtaleforhold som granskes ved anvendelse av internprisingsmetodene er pris,¹²⁷ bruttofortjenestemargin,¹²⁸ nettofortjenestemargin¹²⁹ og profittfordeling¹³⁰. Siden internprisingsmetodene er ment å komme til anvendelse hovedsakelig uten forutgående strukturell justering, må de vilkår som direkte granskes ved internprisingsmetodene ansees å være prisvilkår. En franchiseavtale som bestemmer at en assosiert franchisetaker skal ha 30 % av nettofortjenesten må således kunne justeres i medhold av eksempelvis fortjenestefordelingsmetoden til 20% uten at som-strukturert prinsippet legger begrensninger. Det er således ikke kun pris som faller utenfor som-strukturert prinsippets rekkevidde, men verdsettelsesvilkår i sin helhet.

På denne bakgrunn har juridisk teori¹³¹ *positivt* definert verdsettelsesvilkår som vilkår som tar sikte på å estimere verdien av den eiendom eller tjeneste som blir overført i den kontrollerte transaksjon. Strukturelle vilkår blir derimot en *negativt* definert restkategori som omfatter alle vilkår som bidrar til verdiene estimert under verdsettelsesvilkårene. Strukturelle vilkår blir således grunnlaget for verdsettelsesestimatet. Imidlertid vil jeg innvende mot dette skillet at det kan være svært vanskelig å trekke grensen mellom vilkår som bidrar til de underliggende verdier og selve estimatet av disse verdiene.

Illustrerende for gresedragningen er innskudd i assosierte konsernselskaper betegnet som kortsiktige, men hvor spørsmålet er om høyere rente kunne vært oppnådd ved at lån ble gitt lengre løpetid. Spørsmålet kan typisk oppstå ved at et datterselskap i Norge låner ut penger til morselskapet og reduserer renteinntekten ved å betegne utlånene som kortsiktig. Lån med

¹²⁶ Bullen 2010 s. 184-186

¹²⁷ jf. den direkte sammenligningsmetode

¹²⁸ jf. videresalgsmetoden og kostplussmetoden (bruttometoder)

¹²⁹ jf. fortjenestesammenligningsmetoden (nettometode)

¹³⁰ jf. fortjenestefordelingsmetoden er også en nettometode, men det foretas, i motsetning til fortjenestesammenligningsmetoden, ingen vurderingen av selve størrelsen på fortjenesten, kun en innbyrdes fordeling mellom partene, jf. Bjerke 1997 s. 285

¹³¹ Se eksempelvis Bullen 2010 s. 186

lang løpetid oppnår regelmessig høyere rente på det åpne marked. I en avgjørelse fra Klagenemda var spørsmålet om en rentesats som bygget på den til enhver tid gjeldende 30 Days Commercial Papers kunne oppjusteres. Dette er en form for kortsiktige gjeldsbrev som uttrykker markedsrente ved lån med gjennomsnittlig løpetid på 30 dager. Klagenemda fant at datterselskapet kunne ha betinget seg lengre løpetid og dermed høyere rente begrunnet i at datterselskapet hadde forutberegnelige utgifter, god kontantstrøm og dermed lavt likviditetsbehov:

*”Klagenemda antar etter dette at plasseringer på minimum 12 måneder ville ha vært mer naturlig for et sammenlignbart, uavhengig selskap, hvis man derved kunne oppnå en høyere avkastning. Nemda anser det derfor ikke forretningsmessig rimelig og naturlig å knytte renten til 30 dagers Commercial Papers plasseringer.”*¹³²

Det relevante spørsmålet i denne sammenheng er om den justering av rentesatsen som Klagenemda her foretok var en ren prisjustering eller også innebar en strukturell justering. Det kan hevdes at rentesatsen er prisen på penger og at en rentejustering således er en regulær prisjustering. Imidlertid knytter Klagenemda vurderingen til en bestemt type kontrakter basert på løpetid; 30 Days Commercial Papers versus 12 måneders løpetid. Spørsmålet er om dette er en del av den skjønnsfastsettelsen som foretas etter § 13-1 tredje ledd, eksempelvis i medhold av den direkte sammenligningsmetode, eller en strukturell justering av vilkåret om løpetid. Spørsmålet er av stor betydning, da terskelen for strukturell justering som nevnt ligger signifikant høyere enn for ren prisjustering. Det gir etter mitt skjønn liten veiledning å spørre om Klagenemda her estimerer prisen på penger (rentesatsen), eller justerer et strukturelt vilkår (løpetiden) som bidrar til den underliggende verdi. På den ene side er et låns løpetid et strukturelt vilkår, men på den annen side ligger det i den direkte sammenligningsmetode at det skal sammenlignes med prisen i en sammenlignbar uavhengig transaksjon. Det som imidlertid må være avgjørende for grensedragningen er at lån med ulik løpetid ikke med nødvendighet er sammenlignbare transaksjoner. Som nevnt ovenfor, følger det implisitt av retningslinjenes oppbygning at sammenlignbarhetsjusteringer etter sin art er strukturelle justeringer.¹³³ Ved sammenligning av ulike lånetransaksjoner med ulik løpetid må løpetiden korrigeres før rentesatsene kan sammenlignes direkte. Det kan derfor konkluderes med at Klagenemda foretok en strukturell justering, til tross for at dette ikke ble uttrykt eksplisitt.

¹³² Klagenemndas kjennelse av 24 april 1989

¹³³ Se Bullen 2010 s. 184. Sammenlignbarhetsjusteringer er således strukturell justering av den ukontrollerte/uavhengige transaksjon som det sammenlignes med, mens strukturell justering som drøftes her i oppgaven angår endring av selve den kontrollerte transaksjon. Justeringenes strukturelle karakter er imidlertid den samme.

Grensedragningen mellom strukturell justering og ren prisjustering kan også være tvilsom der samme resultat kan oppnås ved begge metoder. Problemstillingen vil kunne oppstå der en prisjustering vil ha som konsekvens at transaksjonen ignoreres. Dersom et foretak pådrar seg en unødvendig kostnad ved kjøp av varer eller tjenester fra et assosiert foretak, vil kostnaden kunne være kommersielt irrasjonell etter det kommersielle irrasjonalitetsunntaket og således gi grunnlag for strukturell justering.¹³⁴ En strukturell justering vil her innebære at skattyter behandles som om kostnaden aldri var pådratt. Dersom kostnaden i tillegg til å være unødvendig også er verdiløs, har det vært hevdet i juridisk teori at kjøpesummen ved en ren prisjustering kan nedjusteres til null.¹³⁵ Det samme resultat vil således oppnås i begge tilfelle; foretaket nektes fradragsrett. Teoretisk sett kan det skilles mellom de tilfeller der kostnaden er unødvendig og irrasjonell for skattyter og der den også er total verdiløs på markedet. Imidlertid dreier det seg i realiteten om grader av irrasjonalitet og grensedragningen kan være vanskelig. Det er utfordrende å se for seg en transaksjon, som uten å være pro forma, ikke har en viss, om enn lav, verdi på et marked. Videre er det å ignorere en transaksjon i sin helhet (slik prisjustering til null i realiteten innebærer), med konsekvenser for fradragsretten, en inngripende justering. Etter mitt skjønn taler hensynet til skattyter for at en slik inngripende vurdering blir underlagt de strengere vilkårene for strukturell justering, og ikke bare de lempeligere vilkårene for ren prisjustering.¹³⁶

3.9 Rekkevidden av som-strukturert prinsippet

3.9.1 Innledning

Problemstillingen som skal drøftes her er i hvilken utstrekning som-strukturert prinsippet legger begrensninger på fastleggelsen av den faktiske foretatte transaksjon, samt om prinsippet griper inn på omgåelsesnormens anvendelsesområde.

Et prinsipielt utgangspunkt for drøftingen vil være presumpsjonen om at som-strukturert prinsippet angår justeringer basert på armlengdebetraktninger. Justeringer med hjemmel i regelsett som ikke bygger på et armlengdeprinsipp, antas således å kunne foretas uten at som-strukturert prinsippet legger begrensninger.¹³⁷ Presumpsjonen synes å ha støtte i Retningslin-

¹³⁴ Retningslinjene punkt 1.65 (6)

¹³⁵ Verdiløs i denne sammenheng må innebære at ingen uavhengige foretak ville betalt noe som helst, jf. Bullen 2010 s. 686.

¹³⁶ Motsatt konklusjon har Bullen 2010 s. 686.

¹³⁷ Ibid. 140-142

enes punkt 1.66 (3) hvor det uttales i tilknytning til unntakene fra som-strukturert prinsippet at:

”Article 9 would thus allow an adjustment of conditions to reflect those which the parties would have attained had the transaction been structured in accordance with the economic and commercial reality of parties transacting at arm’s length.”

Retningslinjene knytter her anvendelsen av unntakene til armlengdeprinsippet. Når således unntakene fra som-strukturert prinsippet bygger på en armlengdevurdering, taler dette for at som-strukturert prinsippet ikke legger begrensninger utenfor armlengdeprinsippets anvendelsesområde. Siden verken fastleggelsen av den faktisk foretatte transaksjon eller omgåelsesnormen bygger på armlengdeprinsippet, taler denne uttalelsen for at som-strukturert prinsippet ikke legger begrensninger.

3.9.2 Ulike tolkningsvarianter av ”økonomisk substans”

Unntaket fra som-strukturert prinsippet i tilfeller der ”the economic substance of a transaction differs from its form” kan også bidra til å bestemme prinsippets rekkevidde. Hvis således et fenomen omfattes av unntaket, er det logisk at fenomenet også omfattes av hovedregelen. Dersom et fenomen ikke var omfattet av som-strukturert prinsippet, ville det vært unødvendig å gjøre unntak fra prinsippet i punkt 1.65. På samme måte vil det måtte antas at justeringer med hjemmel i regelsett som faller utenfor ”økonomisk substans”- unntaket heller ikke er omfattet av som-strukturert prinsippet. Spørsmålet er derfor hvilke tilfeller ”økonomisk substans”- unntaket omfatter.

I likhet med Bullen vil jeg her skille mellom tre ulike tolkningsvarianter av mangel på ”økonomisk substans” i punkt 1.65.¹³⁸ Disse tre er mangel på faktisk substans, omgåelsesversjonen og armlengdeversjonen. Som det vil fremgå av det følgende, må som-strukturert prinsippet avgrenses mot så vel mangel på faktisk substans som omgåelsesversjonen, jf. henholdsvis punkt 3.9.2.1 og 3.9.2.2 nedenfor.

3.9.2.1 Avgrensningen mot å fastlegge den faktisk foretatte transaksjon – faktisk substans

Fastleggelsen av den faktisk foretatte transaksjon kan bestå i tolkning av skrevne dokumenter, eventuelt har partene rent faktisk handlet på en måte som avviker fra avtaleteksten.¹³⁹ Denne

¹³⁸ Bullen 2010 s. 434-435

¹³⁹ Tolkningen av det skriftlige materialet må således sees i sammenheng med for eksempel etterfølgende opptreden. Retningslinjene punkt 1.53 gir støtte for at partenes opptreden er mer tungtveiende enn det som

avgrensningen mot faktisk foretatte transaksjoner sammenfaller med avgrensningen mot faktumfastleggelse i kapittel 3.2.1. Retningslinjene inneholder imidlertid uttalelser med særskilt relevans for avgrensningen.

En indikasjon i Retningslinjene på at "economic substance" kan vise til bestemmelse av faktisk foretatte transaksjoner gis i punkt 1.48:

"In line with the discussion below in relation to contractual terms, it may be considered whether a purported allocation of risk is consistent with the economic substance of the transaction. In this regard, the parties' conduct should generally be taken as the best evidence concerning the true allocation of risk."

Det er her nærliggende å forstå "virkelig fordeling av risiko" som en henvisning til "økonomisk substans". Når det vises til at partenes opptreden er det beste bevis for den sanne risikofordeling, synes retningslinjene å knytte termen "økonomisk substans" til faktumfastsettelse/bevisbedømmelse.

Når således Retningslinjene knytter termen "økonomisk substans" til fastsettelse av den faktisk foretatte transaksjon, blir spørsmålet om slik faktumfastsettelse omfattes av som-strukturert prinsippet. Mer presist blir spørsmålet om "economic substance" i punkt 1.65 også viser til fastleggelse av den faktisk foretatte transaksjon.

Hva gjelder tolkningen av den skrevne avtale, gir Retningslinjene tolkningsveiledning. De strukturelle justeringer som kan foretas i medhold av punkt 1.65 beskrives som "disregard" og "substitute"¹⁴⁰. Å se bort fra foretatte transaksjoner eller erstatte disse med andre typer transaksjoner er en lite treffende beskrivelse på tolkning av avtaler. Snarere må slik tolkning sees som en prosess for å presisere innholdet i de skrevne "conditions...made or imposed". Det kan derfor konkluderes med at som-strukturert prinsippet ikke legger begrensninger på tolkningen av avtaler.¹⁴¹

Videre blir spørsmålet om faktiske justeringer som er basert på at faktisk opptreden avviker fra avtalte vilkår er begrenset av som-strukturert prinsippet. Forholdet kan typisk være at en

måtte være avtalt skriftlig. Jeg benytter her "faktisk substans" både om tolkning av avtalen og spørsmålet om partenes opptreden avviker fra avtalen. Bullen ser kun partenes avvikende opptreden som et spørsmål om "faktisk substans, jf. Bullen 2010 på side 146. Dette er etter mitt skjønn en unaturlig oppdeling, da partenes opptreden er et anerkjent tolkningsmoment ved tolkningen av den skriftlige avtale.

¹⁴⁰ Retningslinjene punkt 1.64 (2)

¹⁴¹ Slik også Bullen 2010 s. 163

av partene har påtatt seg en plikt til å betale rente av hovedstolen, samtidig som slik rente faktisk ikke blir betalt.¹⁴²

Ved besvarelsen av dette, kan det vektlegges at art. 9 (2) ved ordlyden ”conditions...made or imposed” henviser til en faktisk vurdering, jf. ”are”, i motsetning til den hypotetiske armlengdevurderingen av om disse vilkårene ”differ from those which would be made between independent enterprises”. Ordlyden i art. 9 indikerer således at det er to ulike vurderinger å fastsette vilkårene som er avtalt og dernest prøve disse i en armlengdevurdering. Når fastsettelsen av de avtalte vilkår ikke er underlagt en armlengdevurdering, taler dette for at som-strukturert prinsippet ikke setter begrensninger, jf. ovenfor om at Retningslinjenes punkt 1.66 synes å begrense som-strukturert prinsippets anvendelsesområde til regelsett som bygger på armlengdebetraktinger.

Videre følger det av Retningslinjene punkt 1.64 at som-strukturert prinsippet kommer til anvendelse på transaksjoner slik de ”actually” er foretatt. Etter sin ordlyd henviser ”actually” til hva som faktisk har skjedd, i motsetning til hva skattyter hevder har funnet sted. Ordlyden i Retningslinjene taler derfor for at den kontrollerte transaksjonens innhold må etableres før som-strukturert prinsippet kan komme til anvendelse på transaksjonens struktur.¹⁴³

Selv om ”økonomisk substans” viser til faktiske substansjusteringer i punkt 1.48, må det etter dette vektlegges at ”økonomisk substans” i punkt 1.65, tolket i lys av art. 9 (2) og Retningslinjene punkt 1.64-1.65, må forstås snevrere. Faktiske substansjusteringer er således ikke omfattet av som-strukturert prinsippet.

3.9.2.2 Avgrensningen mot omgåelsesnormen – omgåelsesversjonen

Problemstillingen her er hvorvidt en nasjonal GAAR, herunder gjennomskjæringsregelen, kan få sitt virkeområde begrenset av som-strukturert prinsippet. Omgåelsesnormen leder til at skattyterens disposisjon ikke får skatterettslig virkning etter sitt formelle innhold. Typisk vil det kunne finne sted en rekarakterisering. Også ved strukturelle justeringer ignoreres det formelle innhold ved ”disregard” eller ”substitution”.¹⁴⁴ Rekarakterisering vil således også kunne finne sted etter reglene om strukturell justering. Selv om virkningene kan være de samme, er imidlertid vilkårene ulike. Det må derfor skilles mellom instituttene.

¹⁴² Hvis slik rente aldri var ment å skulle betales, kan det tales om pro forma.

¹⁴³ Bullen 2010 s. 151

¹⁴⁴ Retningslinjene punkt 1.64 (2)

Den norske omgåelsesregelen består, som nevnt, av et grunnvilkår og en totalvurdering. Det relevante i denne sammenheng er at en sentral del av totalvurderingen er å vurdere transaksjonens forretningsmessige egenverdi. Dette er uttrykt slik av Høyesterett:

”Har transaksjonene ikke en viss egenverdi m.h.t økonomiske realiteter, vil de skatterettslig sett ligge i faresonen selv om de privatrettslig sett er uangripelige.”¹⁴⁵ (min kursivering)

Vurderingen av disse økonomiske realiteter under omgåelsesnormen samsvarer godt med formuleringen ”economic substance” under strukturelle justeringer. Spørsmålet er derfor om ”economic substance” i Retningslinjene punkt 1.65 skal forstås i henhold til sin ordlyd, slik at som-strukturert prinsippet begrenser omgåelsesnormens anvendelsesområde.

Det faktum at virkningene av omgåelsesnormen passer til beskrivelsen av strukturelle justeringer, jf. ”disregard” og ”substitute”,¹⁴⁶ taler for at som-strukturert prinsippet kan gis anvendelse på omgåelsesnormen. På den annen side bygger ikke omgåelsesnormen på en armlengdevurdering. Omgåelsesnormen vil generelt kunne komme til anvendelse på både den kontrollerte og ukontrollerte transaksjon. Selv om partene i transaksjonen svært ofte vil inngå i et interessefellesskap også etter omgåelsesnormen, er dette ikke noe vilkår for anvendelse.¹⁴⁷ Når således også en ukontrollert transaksjon kan mangle økonomisk substans etter omgåelsesnormen blir det umulig å vurdere hvorvidt vilkårene i den kontrollerte transaksjon avviker fra den sammenlignbare ukontrollerte transaksjon.

Videre kan det vektlegges at kommentarene synes å ha tatt stilling til forholdet mellom nasjonale GAARs og som-strukturert prinsippet. Det uttales således om GAARs at:

”Such rules are part of the basic domestic rules set by domestic tax laws for determining which facts give rise to tax liability; these rules are not addressed in tax treaties and therefore not affected by them.”¹⁴⁸

Da uttalelsen såpass klart avviser at omgåelsesnormen, som en nasjonal GAAR, er omfattet av som-strukturert prinsippet, må formuleringen ”economic substance” i punkt 1.65 tolkes innskrenkende. Anvendelsen av omgåelsesnormen kan derfor skje uhindret av Norges skatteavtaler også i internasjonal sammenheng. De lege ferenda kan det imidlertid påpekes uheldige sider ved at skattemyndighetene benytter gjennomskjæringsregler for å omgå de snevre unn-

¹⁴⁵ Rt. 1966 s. 1189 på side 1193. Formuleringen stammer opprinnelig fra Kvisli (1962) s. 298

¹⁴⁶ Retningslinjene 1.64 (2)

¹⁴⁷ Se eksempelvis Rt. 1925 s. 472 *Kallevig*, hvor det ikke forelå interessefellesskap mellom kjøper og selger.

¹⁴⁸ OECD Kommentarer art. 1 para. 22.1

tak som oppstilt vedrørende manglende økonomisk substans/rasjonalitet i Retningslinjene. Dersom skattemyndighetene i vid utstrekning kan benytte GAARs for strukturell justering, kan de restriktive unntak fra som-strukturert prinsippet bli underminert. For Norges del kan det allikevel påpekes at terskelen for å anvende omgåelsesnormen nok er like høy som terskelen for strukturelle justeringer etter Retningslinjene.

3.10 Økonomisk substans- og kommersiell rasjonalitetsunntaket

3.10.1 Generelle trekk ved unntakene

Retningslinjene oppstiller to alternative og snevert definerte unntak fra som-strukturert prinsippet. Etter etableringen av som-strukturert prinsippet under overskriften "[r]ecognition of the actual transactions undertaken", følger de to unntakene av punkt 1.65 (1):

"However, there are two particular circumstances in which it may, exceptionally, be both appropriate and legitimate for a tax administration to consider disregarding the structure adopted by a taxpayer in entering into a controlled transaction."

Et viktig utgangspunkt for drøftingen er at art 9 er den underliggende hjemmel for strukturell justering. Dette kommer til uttrykk ved at art. 9 "allow" strukturell justering etter vilkårene i punkt 1.65.¹⁴⁹ Retningslinjenes unntak er således en presiserende tolkningsfaktor ved forståelsen av ordlyden i art 9. Hvis strukturelle vilkår i den kontrollerte transaksjon også er anvendt mellom uavhengige parter er det ikke grunnlag for strukturell justering, jf. at vilkårene i slike tilfeller ikke "differ from those which would be made between independent enterprises".¹⁵⁰

Det er derfor ikke tale om unntak fra armlengdeprinsippet. Snarere er strukturell justering i medhold av unntakene en spesialanvendelse av armlengdeprinsippet. Dette har den metodiske konsekvens at det først må vurderes om tilsvarende strukturelle vilkår kan gjenfinnes i andre ukontrollerte transaksjoner. Dersom tilsvarende strukturelle vilkår kan identifiseres hos uavhengige parter, foreligger det ikke noe brudd med armlengdeprinsippet og strukturell justering er ikke tillat. Er imidlertid armlengdeprinsippet krenket, må unntakenes vilkår drøftes nærmere.¹⁵¹ Det er unntakenes nærmere vilkår som i det følgende vil bli drøftet.

¹⁴⁹ Retningslinjene punkt 1.66 (3)

¹⁵⁰ OECDs Mønsteravtale artikkel 9 (1) annet ledd

¹⁵¹ Denne tottrinnsprosessen er nærmere omtalt i Bullen 2010 på side 418-419

Til tross for at unntakene er referert til som "two particular circumstances," synes unntakene å være generelt utformet ved at det vises til økonomisk substans og rasjonalitet. At unntakene er generelle, støttes også av at de to eksemplene gitt i punkt 1.65, tilknyttet hvert sitt unntak, ikke er uttømmende, jf. at de kun er "[a]n example".¹⁵² Slik basiseksemplene er beskrevet i Retningslinjene, må de derfor rimeligvis forstås som illustrative eksempler på strukturell justering. Unntakene er derfor ikke begrenset til en spesiell type faktum eller transaksjon.

Videre kan det spørres hvorvidt unntakene i punkt 1.65 er uttømmende eller om det også kan gjøres unntak fra som-strukturert prinsippet på annet grunnlag. Ordlyden i Retningslinjene viser til "two particular circumstances" og synes således å indikere at unntakene er uttømmende. Teknikken med en hovedregel i punkt 1.64 etterfulgt av to unntak underlagt en eksepsjonalitetsstandard trekker i samme retning. Dersom meningen var at disse snevre unntakene fra hovedregelen ikke skulle være uttømmende, ville det vært naturlig at øvrige unntak ble referert til, eller at Retningslinjene understreket at de to oppstilte unntak ikke var uttømmende. Det kan derfor med stor grad av sikkerhet konkluderes med at de to unntakene i punkt 1.65 er uttømmende.¹⁵³

Det typiske tilfellet vedrørende strukturell justering er at skattemyndighetene påberoper seg strukturell justering for å foreta en oppjustering av den profitt som tilordnes skattyteren. Et spørsmål som oppstår er om skattemyndighetene er pliktig å foreta en slik oppjustering av inntekten basert på det restrukturerte forhold når vilkårene i punkt 1.65 er til stede. Ved besvarelsen av dette må det legges vekt på at ordlyden i både artikkel 9 (1) og 1.65 peker mot en diskresjonær kompetanse. Det vises henholdsvis til at skattemyndighetene "may" og "may...consider" å foreta en strukturell justering. Også hensynet til å unngå økonomisk dobbeltbeskatning taler for en slik tolkning. Risikoen for dobbeltbeskatning øker ved strukturell justering fordi det ikke er noen garanti for korresponderende retting etter art. 9 (2).¹⁵⁴

Imidlertid kan det også oppstå spørsmål om skattyter kan kreve inntekten redusert med hjemmel i strukturelle justeringer når vilkårene er oppfylt. Problemstillingen er således om ikke bare oppjustering, men også en nedjustering av inntekten kan kreves i medhold av art. 9 (1). Det kan her skilles mellom de tilfeller hvor skattyteren proaktivt tar initiativ til inntektsreduksjon basert på strukturell justering, og de situasjoner hvor skattyteren til sitt forsvar påberoper seg strukturell justering i internprisingssaker initiert av skattemyndighetene.¹⁵⁵ Utgangspunktet må tas i en tolkning av ordlyden i art. 9 (1), hvor det vises til at skattemyndighetene kan

¹⁵² jf. Retningslinjene punkt 1.65 (4)

¹⁵³ At unntakene er uttømmende er den rådende oppfatning også i juridisk teori, se Bullen 2010 s. 367-369.

¹⁵⁴ Bullen 2010 s. 358

¹⁵⁵ Bullen s. 359 og 361

inkludere, jf. ”may be included”, inntekt som ville tilfalt selskapet under armlengdes vilkår. Det er ikke åpnet for at inntekt kan trekkes fra. Tilsvarende konklusjon kan trekkes etter § 13-1 første ledd som forutsetter oppjustering ved henvisningen til at inntekt må være ”reduisert”. Det må derfor konkluderes med at ordlyden i art. 9 og § 13-1 utelukker at skattyter på eget initiativ kan påberope seg en inntektsreducerende strukturell justering.

Spørsmålet om skattyter kan kreve inntektsreduksjon på bakgrunn av strukturelle vilkår er imidlertid mer tvilsomt hvor strukturell justering er initiert av skattemyndighetene. Spørsmålet kan typisk oppstå hvor det er grunnlag for flere strukturelle justeringer i tilknytning til samme transaksjon. Skattyter kan i slike situasjoner være tjent med en nettobetraktning, der inntektsreducerende strukturell justering går til fradrag i inntektsøkende strukturell justering. Bullen gir som eksempel at et morselskap har gitt et rentefritt lån pålydende 50 millioner til et datterselskap med lånekapasitet på 20 millioner. Skattemyndighetene fastsetter en armlengderente på 3.25 % på hele hovedstolen. Skattyter hevder imidlertid at siden datterselskapet er tynt kapitalisert, må den del av pålydende som overstiger datterselskapets lånekapasitet omklassifiseres til egenkapital, slik at morselskapet kun beskattes for den renteinntekt som kan beregnes av datterselskapets lånekapasitet på 20 millioner.¹⁵⁶ Problemstillingen er således om skattyter kan kreve en nettoberegning ved at skattemyndighetene må ta en inntektsreducerende strukturell justering påberopt av skattyter i betraktning.

Ved besvarelsen av dette, kan det fastholdes at ordlyden i art 9 (1) viser til en inntektsøkende strukturell justering, jf. ”may be included”. Det kan imidlertid innvendes at ordlyden kan sikte til netto inntektsøkning. Ordlyden er således ikke til hinder for en nettovurdering. Videre kan et avvik, jf. ”differ”, etter sin ordlyd vise til både høyere og lavere inntekt enn armlengdes. Ordlyden ”those conditions” er også generell og omfatter således både inntektsreducerende og inntektsøkende strukturelle vilkår.¹⁵⁷ I tillegg kan det bemerkes at det nok ville virke urimelig om skattemyndighetene selektivt kunne ta i betraktning de strukturelle justeringer som leder til økt skattebyrde uten å ta i betraktning strukturelle justeringer i skattyters favør. Konklusjonen er derfor at skattyter kan kreve en nettoberegning i situasjoner der strukturell justering er initiert av skattemyndighetene.

¹⁵⁶ Bullen 2010 s. 361

¹⁵⁷ Ibid. s. 362

3.10.2 Det økonomisk substansunntaket

Det økonomiske substansunntaket følger av Retningslinjenes punkt 1.65 (2):

”The first circumstance arises where the economic substance of a transaction differs from its form. In such a case the tax administration may disregard the parties’ characterisation of the transaction and re-characterise it in accordance with its substance.”

Som tidligere utledet, viser unntaket til *armlengdeversjonen* av økonomisk substans.¹⁵⁸ Etter armlengdeversjonen foreligger manglende økonomisk substans dersom denne substansen avviker fra den form uavhengige parter ville ha benyttet. Den økonomiske substans som det her siktes til må derfor holdes adskilt fra faktisk substans og økonomisk substans etter omgåelsesnormen, jf. punkt 3.9.2 ovenfor. Teoretisk kan det skilles mellom økonomisk substans etter armlengdeversjonen og etter omgåelsesnormen ved at transaksjoner som ikke har økonomisk egenverdi kun kan rammes av armlengdeversjonen hvis det ikke kan identifiseres tilsvarende uavhengige transaksjoner. Omgåelsesnormen kan imidlertid benyttes uavhengig av om tilsvarende transaksjoner kan identifiseres mellom uavhengige parter, så fremt transaksjonen mangler en viss egenverdi.¹⁵⁹ Imidlertid kan det påpekes at dersom transaksjonen mangler en viss egenverdi, er det sannsynlig at tilsvarende struktur ikke benyttes av uavhengige parter. Uavhengige transaksjoners formål er jo som regel nettopp å oppnå økonomiske resultater.

Vilkåret for å benytte økonomisk substans-unntaket er at det foreligger et avvik mellom økonomisk substans og form, jf. ”differs”. Det kan drøftes hvorvidt ethvert avvik er tilstrekkelig eller om det kreves et kvalifisert avvik, for eksempel i form av en vesentlighetsvurdering. Et krav om kvalifisert avvik kan begrunnes i at strukturell justering kun skal finne sted i eksepsjonelle tilfelle.¹⁶⁰ Ordlyden i Retningslinjene punkt 1.65 (2) oppstiller imidlertid ikke vilkår om kvalifisert avvik. I juridisk teori er det derfor antatt at det er tilstrekkelig at transaksjonen har en annen effekt på den økonomiske situasjon enn formen tilsier.¹⁶¹ Dette kan illustreres ved risikoallokering mellom partene i en transaksjon. Dersom en part har relativt større evne til å kontrollere, sikre seg mot og økonomisk bære en materialisert risiko enn den annen part, tilsier en vurdering av den økonomiske substans at den part som er nærmest til å håndtere

¹⁵⁸ Dette bekreftes også av at eksempelet vedrørende tynn kapitalisering i punkt 1.65 (4) viser til en armlengdevurdering, jf. ”at arm’s length.”

¹⁵⁹ Bullen 2010 s. 442

¹⁶⁰ Jf. ”In other than exceptional cases”, jf. Retningslinjene punkt 1.64 (2)

¹⁶¹ Bullen 2010 s. 454

risikoen bør bære en relativt større andel.¹⁶² Dette er et gradsspørsmål. Som følge av at det ikke kreves et kvalifisert avvik fra økonomisk substans, vil det derfor være tilstrekkelig at for eksempel en valutarisiko er allokert til en av partene i noe større grad enn hva denne parten har økonomisk evne til å bære.

På dette punkt adskiller armlengdeversjonen av økonomisk substans seg fra omgåelsesnormen. Etter sistnevnte er det tilstrekkelig for å unngå gjennomskjæring at transaksjonen har ”en viss, om enn begrenset, forretningsmessig verdi...”.¹⁶³ Terskelen ligger således høyere etter omgåelsesnormen. Andre virkninger enn skattefordelen vil forhindre gjennomskjæring når de overskrider et visst minimum, mens etter armlengdeversjonen er et mindre avvik mellom form og substans tilstrekkelig for strukturell justering.

Videre oppstilles det ikke et prishindringsvilkår for anvendelsen av det økonomiske substansunntaket. Retningslinjene knytter formuleringen ”...practically impedes the tax administration from determining an appropriate transfer price” kun til det ”...second circumstance...”, altså til det økonomisk rasjonalitetsunntaket.¹⁶⁴

3.10.2.1 Grunneksmpelet på manglende økonomisk substans – tynn kapitalisering

Retningslinjene viser til tynn kapitalisering som et ikke-uttømmende eksempel på situasjoner hvor økonomisk substans avviker fra form:

*”An example of this circumstance would be an investment in an associated enterprise in the form of interest-bearing debt when, at arm’s length, having regard to the economic circumstances of the borrowing company, the investment would not be expected to be structured in this way”.*¹⁶⁵

Et selskap kan tradisjonelt finansieres ved egenkapitalinnskudd eller lån. Valget mellom finansieringsformene vil ha ulike skatterettslige og selskapsrettslige rettsvirkninger. Ved lånefinansiering vil låntaker oppnå fradragsrett i de fleste skattejurisdiksjoner. Når renteutgifter kan fradras, vil skattepliktig inntekt reduseres. Samtidig vil det for långiverselskapet ofte være knyttet en lavere kildeskatt til rente enn utbytte.¹⁶⁶ I tillegg kommer at det selskapsrettslig kan

¹⁶² ”In arm’s length transactions it generally makes sense for parties to be allocated a greater share of those risks over which they have relatively more control”, jf. Retningslinjene 1.49 (2)

¹⁶³ Rt 1997 s. 1580 *Zenith* på side 1586

¹⁶⁴ Retningslinjene 1.65 (5)

¹⁶⁵ Retningslinjene punkt 1.65 (4)

¹⁶⁶ Zimmer, Høyesterettsdommer i skattesaker 2010 s. 318

være enklere å tilbakebetale lån enn å utbetale utbytte. Det foreligger således en rekke skatte- og selskapsincentiver for å lånefinansiere et assosiert selskap. Hovedregelen er da også at lånefinansiering, typisk av datterselskapet, kan skje med skatterettslig virkning for de assosierte selskaper.

Tynn kapitalisering innebærer at et konsernselskap, typisk datterselskapet, er finansiert med påfallende mye gjeld og lite egenkapital. Når låntakerselskapets økonomiske situasjon tas i betraktning, overstiger pålydende dette selskapets lånekapasitet. Dersom långiverselskapet ikke ytet lån til låntakerselskapet, ville låntakerselskapet typisk måttet låne av finansinstitusjoner som ville vurdert låntakerselskapets lånekapasitet etter økonomiske parametere. Långivning fra uavhengige parter ville da resultert i lavere lånebeløp, lavere rentekostnader og dermed høyere inntekt. Fokus rettes således mot låntakerselskapets økonomiske stilling. *Det som imidlertid gjør at økonomisk substans avviker fra form, er at långiverselskapet tar en høyere risiko enn det som er armlengdes for långivere.*¹⁶⁷ Når låntakerselskapets egenkapitalandel er liten i relasjon til fremmedkapital, er det større sannsynlighet for mislighold. Armlengdevurderingen tilsier således at risikokapital fra uavhengige parter ville vært gitt i form av egenkapital.

Det kan imidlertid innvendes at også uavhengige långivere kan være interessert i å ta svært høy risiko mot betaling i form av tilsvarende høy rentesats. Under finanskrisen så man eksempler på meget høy effektiv rente på statsobligasjoner i PIIGS-landene, til tross for at statsobligasjoner tradisjonelt er ansett å gi lav risikoeksponering.¹⁶⁸ De ulike varianter av hybridkapital, hvor overføringen kan ha likhetstrekk med både lån og egenkapital, illustrerer også at risiko er et gradsspørsmål. Det er derfor etter mitt skjønn ikke gitt at en långiver, etter en armlengdevurdering, alltid må presumeres å ta lavere risiko enn en aksjonær. Det må foretas en konkret anvendelse av armlengdeprinsippet.

På noen områder har det utviklet seg sjablongmessige regler i relasjon til lånekapasitetsvurderingen. I saker om tynn kapitalisering i oljeindustrien har Klagenemda for oljeskatt utarbeidet retningslinjer som oppstiller et skille mellom letevirksomhet og utbyggingsvirksomhet.¹⁶⁹ Dette skillet bygger på den økonomiske betraktning at letevirksomhet er beheftet med større usikkerhet enn en konkret utbygging av et felt som er funnet økonomisk drivverdig. Høyesterett har i Rt. 2007 s. 1025 *Statoil Angola* referert til Klagenemdas retningslinjer på følgende måte.

¹⁶⁷ Bullen 2010 s. 464

¹⁶⁸ PIIGS-landene består av Portugal, Irland, Italia, Hellas og Spania.

¹⁶⁹ Zimmer s. 163

”Ved vurderingen av Statoil Angolas lånekapasitet tok nemda utgangspunkt i de retningslinjer den tidligere hadde fastsatt vedrørende tynn kapitalisering av oljeselskaper. Virksomhet med å lete etter petroleum er etter disse retningslinjene ansett å være forbundet med så stor økonomisk risiko at den bare kan finansieres ved egenkapital. Utbyggingsvirksomhet er etter retningslinjene ansett for å kunne finansieres med inntil 80 % lånekapital. I motsetning til letevirksomhet, som overhodet ikke blir ansett for å gi grunnlag for lånekapasitet, blir utbyggingsvirksomhet således ansett for å gi grunnlag for lånekapasitet innenfor en ramme på 80 % av utbyggingskostnadene.”¹⁷⁰

Det kan reises spørsmål om en slik sjablongmessig vurdering er i samsvar med OECDs Retningslinjer. Det er klart at § 13-1 hjemler rekarakterisering fra lån til egenkapital i intern rett. Imidlertid skal det i skatteavtalesituasjoner tas hensyn til Retningslinjene ved anvendelsen av § 13-1 første ledd, jf. § 13-1 fjerde ledd. Det kan derfor spørres om Retningslinjene åpner for sjablongmessige vurderinger ved strukturell justering i tilfeller der form avviker fra økonomisk substans. Eksempelet vedrørende tynn kapitalisering i Retningslinjene indikerer at det skal foretas en *konkret* armlengdevurdering av låntakers økonomiske situasjon.¹⁷¹ I tilknytning til situasjoner hvor flere typer omklassifisering hver for seg kan skape samsvar med den økonomisk substans, uttaler også Retningslinjene at skattemyndighetene skal:

”Seek to substitute for the nonrecognised transaction an alternative characterization or structure that comports as closely as possible with the facts of the case...”¹⁷²

Det gis således anvisning på at de konkrete faktiske forhold i den transaksjon som restruktureres, skal være styrende for den strukturelle justering. En strukturell justering gir således ikke grunnlag for å fravike den kontrollerte transaksjon i større grad enn det som er nødvendig for å bringe samsvar mellom form og økonomisk substans, og den minst omfattende justering skal foretrekkes. Når Retningslinjene således gir anvisning på en konkret vurdering av den kontrollerte transaksjon, kan det eksempelvis spørres om Klagenemdas retningslinjer om at letevirksomhet ikke gir noen lånekapasitet kan opprettholdes. Dersom et oljeselskap leter etter olje i et område hvor det med sikkerhet finnes utvinnbare ressurser og letevirksomheten kun har som formål å lokalisere disse presist, må en armlengdevurdering etter mitt skjønn kunne tilsi at også letevirksomhet i noen grad kan gi grunnlag for lånekapasitet. Det kan derfor være tvilsomt om den sjablongvurdering som er oppstilt i nemndas retningslinjer er i overensstemmelse med Retningslinjenes betoning av en konkret vurdering. På den annen side tok nemda

¹⁷⁰ Rt. 2007 s. 1025 *Statoil Angola* i avsnitt 7

¹⁷¹ Retningslinjene punkt 1.65 (4)

¹⁷² Retningslinjene punkt 9.187

kun ”utgangspunkt”¹⁷³ i retningslinjene. Det er derfor ikke utelukket at en konkret vurdering kan tilsi et avvik fra retningslinjenes sjablongregel.

For den del av långivningen som overskrider låntakers lånekapasitet, gir eksempelet i Retningslinjene anvisning på at denne del skal betraktes som ”subscription of capital”¹⁷⁴, altså omklassifiseres til egenkapital. Imidlertid uttaler OECDs kommentarer at det også kan være aktuelt og klassifisere långivningen som ”other kind of payment”.¹⁷⁵ Anvendelsen av unntaket på tynt kapitaliserte selskaper er således ikke begrenset til en omklassifisering til egenkapital. Dersom eksempelvis et datterselskap har ytet lån til sitt tynt kapitaliserte morselskap, kan det være aktuelt å omklassifisere långivningen til aksjeutbytte.¹⁷⁶

3.10.3 Det kommersielle irrasjonalitetsunntaket

3.10.3.1 Innledning

Det andre av de to uttømmende unntakene fra som-strukturert prinsippet hvor skattemyndighetene er gitt anledning til å restrukturere en kontrollert transaksjon med hjemmel i art. 9 er gitt i Retningslinjene punkt 1.65 (5):

*”The second circumstance arises where, while the form and substance of the transaction are the same, the arrangements made in relation to the transaction, viewed in their totality, differ from those which would have been adopted by independent enterprises behaving in a commercially rational manner and the actual structure practically impedes the tax administration from determining an appropriate transfer price.”*¹⁷⁷

Det følger av det her siterte at det må foreligge to kumulative vilkår for å anvende unntaket, jf. ”and”.¹⁷⁸ For det første må de ordninger som er opprettet i forbindelse med transaksjonen avvike fra de ordninger som ville vært opprettet mellom uavhengige foretak som opptrer på en kommersielt rasjonell måte. For det andre må den kontrollerte transaksjons struktur forhindre skattemyndighetene fra å fastsette en korrekt internpris, heretter omtalt som prisingsvilkåret. Vilkårene om kommersiell irrasjonalitet og prishindring vil bli behandlet i henholdsvis kapittel 3.10.3.2 og 3.10.3.3 nedenfor.

¹⁷³ Rt. 2007 s. 1025 *Statoil Angola* i avsnitt 7

¹⁷⁴ Retningslinjene 1.65 (4)

¹⁷⁵ Bullen 2010 s. 469 med henvisning til OECDs kommentarer art. 9 para. 3 litra b).

¹⁷⁶ Bullen 2010 s. 470

¹⁷⁷ Retningslinjene 1.65 (5)

¹⁷⁸ l.c

Det fremgår videre av det siterte at økonomisk rasjonalitetsunntaket angår situasjoner hvor form og substans stemmer overens. Dette i motsetning til økonomisk substansunntaket, som nettopp kommer til anvendelse der det foreligger avvik mellom form og økonomisk substans. Økonomisk rasjonalitetsunntaket viser direkte til at form og substans samsvarer, uten å presisere hvilken type substans det siktes til. Tolkes imidlertid økonomisk rasjonalitetsunntaket kontekstuell i lys av at det følger umiddelbart etter økonomisk substansunntaket, er det naturlig å legge til grunn at også økonomisk rasjonalitetsunntakets formulering av substans sikter til økonomisk substans. Det kan derfor konkluderes med at Retningslinjene oppstiller ulike anvendelsesområder for unntakene.

3.10.3.2 Det kommersielle irrasjonalitetsvilkåret

3.10.3.2.1 Generelle trekk

Det er art. 9 (1) som er det rettslige grunnlaget for å foreta en strukturell justering også etter det kommersielle rasjonalitetsunntaket.¹⁷⁹ Retningslinjenes formulering av irrasjonalitetsvilkåret, jf. "...differ from those which would have been adopted by independent enterprises behaving in a commercially rational manner...", må derfor forstås som en presisering av formuleringen i art. 9 (1) om at vilkårene "...differ from those which would be made between independent enterprises...".¹⁸⁰ Dette har den viktige metodiske konsekvens at det kommersielle irrasjonalitetsunntaket må tolkes i lys av ordlyden i art 9 (1). Eksempelvis kan det være tvilsomt hva Retningslinjene sikter til når det tales om "de ordninger som opprettes i forbindelse med transaksjonen".¹⁸¹ Det er ikke opplagt at det med dette siktes til den kontrollerte transaksjonens strukturelle vilkår. Imidlertid må formuleringen tolkes i lys av at art. 9 (1) formulerer problemstillingen som et spørsmål om "conditions...made or imposed" avviker fra armlengdes vilkår. De ordninger det siktes til under økonomisk rasjonalitetsunntaket, må således med nødvendighet vise til strukturelle vilkår.¹⁸² En annen forståelse ville medført inkonsistens mellom Retningslinjene og art. 9 (1).

En generell problemstilling er om den kontrollerte transaksjon må være kommersielt irrasjonell for begge parter eller om det er tilstrekkelig at transaksjonen er kommersiell irrasjonell for en av partene. Ordlyden i Retningslinjene viser til at de strukturelle vilkår må avvike fra

¹⁷⁹ Retningslinjenes punkt 1.66 (3): "Article 9 would thus allow an adjustment of conditions..."

¹⁸⁰ Bullen 2010 s. 536

¹⁸¹ Retningslinjene 1995 i norsk oversettelse punkt 1.37.

¹⁸² Bullen 2010 s. 531-532

de som ville ha blitt inngått mellom uavhengige ”enterprises”.¹⁸³ At det således vises til foretak i flertallsform kan indikere at transaksjonen må være kommersiell irrasjonell for begge parter. Imidlertid er det klart at rene prisjusteringer etter art 9 (1) typisk foretas hvor transaksjonen er fordelaktig for den ene part, mens den er ufordelaktig og irrasjonell for den annen kontraktspart. Det typiske eksempelet kan være salg til underpris. Det vil naturligvis være kostnadsminimaliserende og dermed rasjonelt for kjøper å betale så lite som mulig, mens det for selger vil være irrasjonelt å selge til under markedspris. Det er i slike tilfeller klart at prisen kan oppjusteres i medhold av art. 9 (1). Dersom strukturelle justeringer under kommersiell irrasjonalitetsunntaket skulle være begrenset til tilfeller hvor transaksjonen er kommersiell irrasjonell for begge parter, ville anvendelsesområdet for strukturell justering være snevrere enn for ren prisjustering. Da strukturell justering kun skal foretas i eksepsjonelle tilfeller er et slikt snevrere anvendelsesområde ikke utelukket.¹⁸⁴

Imidlertid tyder basiseksempelen under kommersiell irrasjonalitetsunntaket på at unntaket også kommer til anvendelse i situasjoner der transaksjonen er kommersiell rasjonell for den ene part.¹⁸⁵ Ved salg av alle immaterielle rettigheter som måtte følge av fremtidig forskning, synes det forutsatt at det vil være irrasjonelt å selge for et engangsbeløp dersom ”...inntjeningspotensialet til den immaterielle eiendelen ikke kan måles på en tilfredsstillende måte.”¹⁸⁶ Innvendingen mot en slik betraktningssmåte er allikevel at dersom prisen vanskelig kan beregnes, vil også kjøper stå ovenfor de samme utfordringer m.h.t. å beregne eiendelens verdi. Det kan derfor hevdes at kjøper tok en risiko knyttet til usikkert inntjeningspotensial. Det er kommersielt rasjonelt at denne usikkerheten reduserer prisen. Samtidig kan det tenkes at en risikoavers selger ønsket kapital umiddelbart i stedet for å vente på at fremtidig forskning skulle gi inntjening. Salget kan således ha vært kommersielt rasjonelt for begge parter. Imidlertid gjenstår at selger gjerne med noe grad av sikkerhet kan beregne inntjeningspotensialet av fremtidige immaterielle verdier. Dersom prisen således avviker fra den informasjon selger hadde, kan salget betraktes som irrasjonelt. For kjøper vil det på den annen side være bedriftsøkonomisk rasjonelt å redusere kostnadene ved innkjøp. Basiseksempelen synes etter dette å få anvendelse på situasjoner der salget av immaterielle rettigheter er irrasjonelt for selger, mens salget er rasjonelt for kjøper. Det må derfor konkluderes med at det er tilstrekkelig om transaksjonen er irrasjonell for ett av de assosierte foretakene.

¹⁸³ Retningslinjene punkt 1.65 (6)

¹⁸⁴ Se motsetningsvis Bullen 2010 s. 538

¹⁸⁵ Bullen 2010 s. 538

¹⁸⁶ Retningslinjene 1995 punkt 1.10 (3)

3.10.3.2.2 Begrepet ”kommersiell rasjonalitet”

En naturlig språklig forståelse av ”commercially rational manner” tilsier at vurderingen skal knyttes opp mot økonomiske parametere ved transaksjonen. Det siktes således ikke til logisk, moralsk eller prinsipiell rasjonalitet. Foretakets hovedsiktemål er å tjene penger. Ethvert rasjonelt foretak presumeres å ville maksimere inntjeningen og minimere kostnader slik at selskapets profitt blir størst mulig. Et foretak vil derfor selge sine varer og tjenester til den høyeste pris som kan oppnås i markedet, samt kjøpe varer og tjenester til markedets laveste pris. Imidlertid følger det allerede av en språklig fortolkning at det kan være rasjonelt for markedsaktører å ha et langsiktig perspektiv eller se helheten i en serie av transaksjoner. Det kan således være kommersielt rasjonelt å selge varer eller tjenester noe billigere enn markedspris for å erobre nye markeder i et langsiktig perspektiv; maksimal profitt i dag forsakes til fordel profittmaksimering i det lengre løp. Tilsvarende kan det være hensiktsmessig for et foretak å gi garantiordninger for å opparbeide seg ”goodwill” hos fremtidige kunder. Allerede en ordlydsfortolkning av hva som er kommersielt rasjonelt illustrerer at det således må anlegges et bredt perspektiv.

3.10.3.2.3 Realistisk tilgjengelige alternativer (RTA-standarden)

Retningslinjene oppstiller ingen definisjon av kommersiell irrasjonalitet. Imidlertid fremkommer det generelle uttalelser i kapittel 1 om hvorledes foretak vurderer ulike transaksjoners lønnsomhet:

”Independent enterprises, when evaluating the terms of a potential transaction, will compare the transaction to the other options realistically available to them, and they will only enter into the transaction if they see no alternative that is clearly more attractive.”¹⁸⁷

Denne uttalelsen er knyttet til spørsmålet om sammenlignbarhet og angår således ikke spørsmålet om kommersiell rasjonalitet direkte. Spørsmålet er derfor om standarden kan presisere ordlyden ”commercially rational manner” eller eventuelt anvendes analogisk. Som uttrykt av Bullen, må standarden langt på vei hevdes å gjenspeile ”a fundamental fact of commercial life.”¹⁸⁸ Dette må i hovedsak ansees å være riktig. Eksempelvis vil et foretak neppe akseptere et pristilbud fra et uavhengig foretak dersom det vet at andre kunder er interessert i å betale mer.¹⁸⁹ RTA-standarden kan derfor langt på vei ansees som en presiserende tolkningsfaktor ved forståelsen av ordlyden ”commercially rational manner”. Imidlertid inneholder standar-

¹⁸⁷ Retningslinjene punk 1.34

¹⁸⁸ Bullen 2010 s. 541

¹⁸⁹ Retningslinjene punkt 1.34

den en terskel som ikke med nødvendighet ligger innenfor rammen av ordlyden. Det henvises i RTA-standarden til at den alternative transaksjon må være ”*clearly more attractive*”. Denne formuleringen synes å stå i strid med formuleringen av at vilkårene i den kontrollerte transaksjon må avvike, jf. ”differ”, fra det som ville vært avtalt mellom uavhengige parter. Ordlyden ”differ” oppstiller som tidligere nevnt ikke noe vilkår om kvalifisert avvik. ”Clearly more attractive” synes således å heve terskelen for strukturell justering i forhold til det som følger av art. 9 tolket i lys av det kommersielle rasjonalitetsunntaket i Retningslinjenes punkt 1.65. Problemstillingen synes lite problematisert i juridisk teori og vil derfor bli drøftet i det følgende.

Det kan hevdes at et rasjonelt foretak vil foretrekke en alternativ transaksjon selv om denne kun er noe mer attraktiv. Spesielt i detaljistsalg med små marginer og store kvanta, vil rasjonelle aktører bestrebe seg på å selge til kunder med en marginalt større betalingsvillighet. Det er derfor etter mitt skjønn ikke gitt at RTA-standarden ukritisk kan legges til grunn som et uttrykk for kommersiell rasjonalitet.

Spørsmålet blir således om det finnes støtte for å anvende RTA-standardens formulering ”clearly more attractive” analogisk på det kommersielle rasjonalitetsunntaket. Ved besvarelsen av dette må det tas i mente at RTA-standarden består av en *totrinnsanalyse*. Et første skritt består i å finne realistisk tilgjengelige alternativer til den kontrollerte transaksjon, jf. ”other options realistically available”.¹⁹⁰ Dersom slike realistiske alternativer kan påvises, er neste trinn i analysen å vurdere om disse er ”klart mer attraktive” enn den kontrollerte transaksjon.¹⁹¹ Første trinn i analysen kan, som nevnt ovenfor, forsås som en presisering av arm-lengdevurderingen under kommersiell rasjonalitetsunntaket. Problemstillingen her er imidlertid om også neste trinn i RTA-standarden vedrørende ”klart mer attraktivt” kommer til anvendelse på det kommersielle rasjonalitetsunntaket.

Formuleringen ”klart mer attraktivt” må etter sin ordlyd indikere at det ikke er tilstrekkelig for strukturell justering at det identifiserte alternativ er moderat mer attraktivt enn den kontrollerte transaksjon. I juridisk teori har vilkåret blitt forstått slik at det identifiserte alternativ må ha et *signifikant høyere attraktivitetsnivå*.¹⁹² Til støtte for denne forståelsen kan det anføres at Retningslinjene fraråder ”minor or marginal adjustments”.¹⁹³ Ved at det stilles et slikt vesentlighetskrav til forskjell i attraktivitetsnivå vil derfor små justeringer unngås. Imidlertid kan det innvendes at en rekke transaksjoner kan avvike ganske mye fra en alternativ kommersiell ra-

¹⁹⁰ Retningslinjene 1.34

¹⁹¹ Bullen 2010 s. 543

¹⁹² Se ekesempelvis Bullen 2010 s. 563

¹⁹³ Retningslinjene punkt 2.10

sjonell transaksjon uten at den alternative transaksjonen også fremstår som klart mer attraktiv. For en slik mellomgruppe av transaksjoner hvor avviket er moderat, men ikke oppfyller vilkåret om ”klart”, vil således en analogisk anvendelse legge begrensninger på strukturelle justeringer som ikke nødvendigvis var tilsiktet i Retningslinjene punkt 1.65. På den annen side er strukturelle justeringer underlagt en streng standard ved at de kun skal foretas i eksepsjonelle tilfeller.¹⁹⁴ Det er således i overenstemmelse med en slik eksepsjonalitetsstandard at avviket fra kommersiell rasjonell handlemåte må være markant. Også reelle hensyn i form av at foretak skal gis rimelig frihet til å utøve forretningsskjønn kan tale for en høyere terskel. I forlengelsen av hensynet til foretaks frie forretningsskjønn, gir også Retningslinjene uttrykk for at merkelappen kommersiell irrasjonell må benyttes med ”great caution”.¹⁹⁵

Imidlertid har formuleringen ”clearly more attractive” ikke støttepunkter i verken ordlyden i art. 9 (1) eller Retningslinjene punkt 1.65 (5) som kun taler om at den kontrollerte transaksjonen ”differ” uten å oppstille et vilkår om kvalifisert avvik. Riktignok viser basiseksempelen under økonomisk rasjonalitetsunntaket til en RTA-standard ved beskrivelsen av salg av immaterielle rettigheter mot en engangssum. Eksempelen påpeker at slikt salg kan være irrasjonelt når de immaterielle rettigheters potensielle verdi vanskelig kan beregnes og ”there are other means of exploiting the intangible.”¹⁹⁶ Det vises således til mer attraktive alternativer. Dette er i overenstemmelse med RTA-standardens første trinn om å identifisere realistisk tilgjengelige alternativer. Imidlertid gir eksempelet ingen støtte for et tilleggsvilkår om ”klart mer attraktivt”, kun at det identifiserte alternativet er *mer* attraktivt. På samme måte bekrefter Retningslinjenes nye kapittel 9 at RTA-standardens er relevant ved anvendelsen av kommersiell rasjonalitetsunntaket.¹⁹⁷ Det gis imidlertid ingen utfyllende forklaring av RTA-standardens innhold og om standarden i sin helhet skal anvendes analogisk.

I tillegg kommer at en slik høyere terskel for strukturell justering ikke har støtte i ordlyden i § 13-1 (1) som kun krever at ”inntekt er redusert” uten å stille krav til størrelse. Enhver reduksjon er således tilstrekkelig. At ordlyden på dette punkt uttrykker lovgivers mening finner støtte i forarbeidene:

¹⁹⁴ Retningslinjene punkt 1.64 (2): ”in other than exceptional cases”

¹⁹⁵ Retningslinjene punkt 9.171

¹⁹⁶ Bullen 2010 s. 542 med henvisning til Retningslinjene punkt 1.65 (7)-(9)

¹⁹⁷ Bullen 2010 s. 542 med henvisning til Retningslinjene punkt 9.175

*”Det må videre ha skjedd en inntekts- eller formuesreduksjon hos skattyter på grunn av interessefellesskapet. Dette er tilfelle når en transaksjon – eller en samhandel totalt over tid – er **økonomisk dårligere** for skattyter enn den ville ha vært i et uavhengig forhold. Måten dette har skjedd på er i prinsippet uten betydning. Det kan gjøres ved uriktig prisfastsetting på varer, tjenester eller andre ytelser, **unaturlig høy lånefinansiering** m.v.”¹⁹⁸*

Formuleringen ”økonomisk dårligere” innebærer ikke krav om noe kvalifisert terskelnivå. Også etter forarbeidene synes det derfor tilstrekkelig at den foretatte transaksjon er noe dårligere enn den kommersielt rasjonelle alternativtransaksjon. Det kan innvendes mot å trekke denne slutning fra forarbeidene at det med uttrykket ”økonomisk dårligere” siktes til priser, og at uttalelsen således begrenser seg til ren prisjustering og ikke omfatter strukturell justering. Imidlertid viser forarbeidene, umiddelbart påfølgende, til at den foretatte transaksjon kan være økonomisk dårligere som følge av ”unaturlig høy lånefinansiering”. Dette sikter til tilfeller av tynn kapitalisering hvor lånebeløpet overstiger selskapets lånekapasitet. I slike tilfeller kan, som nevnt, lån omklassifiseres til egenkapital i samsvar med hvor stort lån selskapet kunne oppnådd hos uavhengige aktører. En slik omklassifisering er et klart eksempel på strukturell justering. Når forarbeidene således ikke skiller mellom årsakene til at en transaksjon er økonomisk dårligere, mellom prisvilkår og strukturelle vilkår, men oppstiller ”økonomisk dårligere” som et fellesvilkår, er det grunn til å anta at lovkonsipistene ikke hadde til hensikt å oppstille en høyere terskel for strukturell justering enn ren prisjustering.

Dersom RTA-standarden også anvendes analogisk med hensyn til ”klart” mer attraktivt, vil dette medføre en innskrenkende fortolkning av Retningslinjenes punkt 1.65 (6). Selv om RTA-standarden operasjonaliserer kommersiell rasjonalitetsunntaket, og således bidrar til å unngå at strukturelle justeringer leder til ”wholly arbitrary exercise”,¹⁹⁹ er det etter mitt skjønn tvilsomt om rettskildegrunnlaget er tilstrekkelig for en innskrenkende fortolkning. Konklusjonen er således at RTA-standardens første trinn, som består i å identifisere realistisk tilgjengelige alternativer, med sikkerhet er relevant ved presiseringen av kommersiell irrasjonalitet, mens vilkåret om ”klart” mer attraktivt er mer tvilsomt. I behandlingen av Rt. 2003 s. 536 *Storhaugen Invest* kommer jeg tilbake til spørsmålet om ”klart mer attraktivt” anerkjennes som vilkår for strukturell justering i rettspraksis.

¹⁹⁸ Ot.prp.nr.26 (1980-1981) (Forarbeidene til endringen av skatteloven 1911 § 54 som var forløperen til § 13-1).

¹⁹⁹ Retningslinjene 1.64 (3)

3.10.3.2.4 Første trinn: Identifikasjon av realistisk tilgjengelige alternativer

Det følger av RTA-standarden at et første vilkår for å bedømme den kontrollerte transaksjon som kommersiell irrasjonell er at det forelå realistisk tilgjengelige alternativer som kunne vært valgt i stedet. Denne vurderingen innebærer ingen sammenligning av attraktivitet, kun en utvelgelse av transaksjoner som realistisk sett kunne ha vært valgt av skattyter. Imidlertid vil nok spørsmålet om realistisk tilgjengelige alternativer de facto være koblet til attraktivitet; et lite tilgjengelig alternativ vil som oftest også være lite attraktivt, og visa versa.

Vurderingen er hypotetisk ved at det sees hen til hvilke alternativer skattyter kunne ha valgt, men skal samtidig være realistisk. Rent teoretiske alternativer er således ikke relevant. Dette innebærer blant annet at skattyter subjektivt må ha hatt kunnskap om den alternative transaksjonen på tidspunktet for investeringsbeslutningen og at ulovlige investeringsalternativer ikke utgjør realistiske alternativer.²⁰⁰

I juridisk teori har det blitt understreket at begrepet ”realistisk tilgjengelig” er relativt i den forstand at det er tale om et gradsspørsmål.²⁰¹ En alternativ transaksjon kan således være mer eller mindre realistisk tilgjengelig. Et spørsmål som oppstår i denne sammenheng er om kun alternative transaksjoner som umiddelbart kan gjennomføres er relevante å ta i betraktning eller om også transaksjoner som forutsetter endringer i skattyters eksisterende virksomhet kan være relevant. Dersom eksempelvis ratene innenfor tørrbulk er historisk lave, mens tankratene er historisk høye, kan det spørres om et foretak som driver innen tørrbulk realistisk sett kan bygge om skipene til tankskip og slutte kontrakter i tankmarkedet i stedet. Alternative transaksjoner som forutsetter interne endringer i foretaket kan således plasseres på en relativ skala av realistisk tilgjengelighet, hvor plasseringen typisk avhenger av størrelsen på endringer som må gjøres, hvor lang tid det vil ta å implementere nye ordninger, samt kostnader og risiko ved interne endringsprosesser.²⁰²

Det er videre en forutsetning for at en alternativ transaksjon skal være realistisk tilgjengelig at en uavhengig kontraktspart ville inngått en slik avtale med den skattyter som hevdes å opptre irrasjonelt. Mellom uavhengige parter vil avtaler regelmessig være et kompromiss mellom kontraktspartene. Ingen part vil således normalt oppnå profittmaksimering; priser, leveringsbetingelser, garantier og lignende forhandles om. Ettersom strukturell justering bygger på armlengdeprinsippet i art 9 (1), må det derfor sammenlignes med hvilke transaksjoner som kunne vært inngått mellom uavhengige parter. Dersom den alternative transaksjon ikke ville

²⁰⁰ Bullen 2010 s. 554

²⁰¹ Se eksempelvis Bullen 2010 s. 555

²⁰² Bullen 2010 s. 552

vært akseptabel for en uavhengig motpart, er den følgelig heller ikke realistisk tilgjengelig. Mellom de transaksjoner som er klart akseptable for motparten og de som ikke er akseptable, vil det imidlertid være glidende overganger med ulike grader av kommersiell attraktivitet. Også dette punkt illustrerer at ”realistisk tilgjengelig” er et relativt begrep.²⁰³

Når spørsmålet om det foreligger realistisk tilgjengelige alternativer således er et gradsspørsmål, kan det problematiseres hvor terskelen for en realistisk tilgjengelig alternativtransaksjon ligger. Hvor urealistisk må en alternativ transaksjon være for å bli bedømt som ikke realistisk tilgjengelig? Spørsmålet er ikke løst i Retningslinjene som kun viser til ”...other options realistically available...” uten å presisere terskelnivået. Bullen inntar det synspunkt at en alternativ transaksjon som ikke er ”klart utilgjengelig” vil oppfylle vilkåret selv om transaksjonen i liten grad er realistisk tilgjengelig.²⁰⁴ Juridisk teori synes derfor å sette terskelen lavt. Imidlertid er synspunktet ikke nærmere begrunnet. Etter mitt skjønn viser ordlyden ”realistically” til at tilgjengeligheten må være høyere enn ”klart utilgjengelig”. Foretak vil neppe inngå i transaksjoner som mest sannsynlig er utilgjengelige. Også sammenhengen med neste ledd i tottrinnsanalysen, jf. ”clearly more attractive”, kan indikere at alternative transaksjoner må være ganske realistisk tilgjengelige. Det kan imidlertid innvendes at første ledd i tottrinnsprosessen, relatert til ”realistically available”, er en ”grovsortering” hvor de åpenbart utilgjengelige transaksjoner skilles ut før transaksjonene ”finvektes” mot hverandre i relasjon til neste trinns ”clearly more attractive”-test. Det kan derfor konkluderes med at terskelen for ”realistisk tilgjengelig” ligger høyere enn ”klart utilgjengelig”, men lavere enn ”klart tilgjengelig”.

De lege ferenda kan det problematiseres om tottrinnsanalysen oppstilt under RTA-standarden tjener noen hensikt. Det kan pekes på at dersom en alternativ transaksjon ikke er ”realistisk tilgjengelig” vil den heller ikke være ”klart mer attraktiv”. Utilgjengelige transaksjoner er gjennomgående lite attraktive. De alternativtransaksjoner som elimineres under i første trinn ville således heller ikke oppfylt vilkåret om ”klart mer attraktiv” i neste trinn. Behovet for en tottrinnsvurdering er derfor ikke innlysende.

3.10.3.2.5 Andre trinn: Sammenligning av attraktivitet

Neste ledd i RTA-standarden består i å sammenligne attraktiviteten i den faktisk foretatte transaksjon med den, forutsetningsvis realistisk tilgjengelige, alternative transaksjons attraktivitet. Først må attraktiviteten i hver transaksjon kartlegges. Dernest kan transaksjonenes attraktivitet sammenlignes.²⁰⁵

²⁰³ Bullen 2010 s. 553-554

²⁰⁴ Bullen 2010 s. 555; ”...clearly unavailable”.

²⁰⁵ Bullen 2010 s. 556

Retningslinjene definerer ikke nærmere hvilken type attraktivitet det siktes til. Imidlertid må begrepet tolkes kontekstuel i lys av Retningslinjenes formulering av det kommersielle irrasjonalitetsunntaket, jf. ”commercially rational manner”.²⁰⁶ Det er derfor klart at det siktes til attraktivitet i et bedriftsøkonomisk perspektiv. Foretakets rasjonelle incentiv vil således være profittmaksimering ved å maksimere inntekter og minimere utgifter. Denne vurderingen av attraktivitet kan langt på vei sammenfalle med vurderingen av økonomisk egenverdi etter omgåelsesnormens totalvurdering. Gjennomskjæring vil således typisk komme på tale der transaksjonen mangler enhver bedriftsøkonomisk rasjonell begrunnelse. Imidlertid er det en betydelig forskjell mellom restrukturering etter omgåelsesnormen og kommersiell irrasjonalitetsunntaket ved at terskelen for strukturell justering ligger lavere enn etter omgåelsesnormen. Etter omgåelsesnormen vil en transaksjon måtte anerkjennes dersom den har ”en viss, om enn begrenset, forretningsmessig verdi”,²⁰⁷ til tross for at skattyter i stedet kunne valgt en klart mer attraktiv transaksjon.

Retningslinjene er tuftet på at anvendelsen av armlengdeprinsippet styres av ”the economic principles that generally govern relationships between independent enterprises”.²⁰⁸ Vilkårene for strukturell justering må derfor drøftes i lys av forskjeller mellom markedsaktører. Dette leder til at sammenligningen av attraktivitet blir *subjektiv* i to ulike relasjoner. For det første må det tas i betraktning at ulike markedsaktører har ulik grad av risikoaversjon, tidshorisont og lignende. Eksempelvis vil en risikovillig aktør bedømme en risikofylt investering med høyt inntjeningspotensial som mer attraktiv enn en sikker investering med lavere inntjeningsgrad. For det risikoaverse foretak vil attraktivitet derimot vurderes som høyest for transaksjoner med liten risiko og dertil lavere inntjeningsgrad. I ettertid vil eksterne faktorer, eksempelvis markedsutvikling og politiske endringer, vise hvilket foretak som foretok den objektivt profittmaksimerende transaksjon. At ulike foretak således prissetter fravær av risiko på ulik måte er i overensstemmelse med generelle økonomiske prinsipper og må derfor anerkjennes ved den konkrete bedømmelsen av om skattyter kunne valgt en mer attraktiv transaksjon. Prinsippet om at transaksjoners attraktivitet skal bedømmes fra skattyters ståsted gjelder for det andre også det *tidspunkt* attraktivitet skal vurderes på. Spørsmålet er derfor om skattyter kunne ha valgt en mer attraktiv transaksjon på det tidspunkt den kontrollerte transaksjon ble valgt. Attraktivitet skal vurderes ex-ante basert på den informasjon skattyter hadde da den kontrollerte transaksjonen ble valgt. En ex post-vurdering av informasjon tilkommet skattyter i etterkant er således ikke relevant for sammenligningen av attraktivitet.²⁰⁹

²⁰⁶ Retningslinjene punkt 1.65 (6)

²⁰⁷ Rt. 1997 s. 1580 *Zenith* s. 1586

²⁰⁸ Retningslinjene punkt 1.52

²⁰⁹ Bullen 2010 s. 558 med henvisning til at ex-ante perspektivet er styrende etter art. 9 (1)

3.10.3.3 Prishindringsvilkåret

Det andre kumulative vilkåret under kommersiell irrasjonalitetsunntaket er at "the actual structure practically impedes the tax administration from determining an appropriate transfer price".²¹⁰ Dette prishindringsvilkåret er unikt for det kommersielle rasjonalitetsunntaket ved at det ikke oppstilles et tilsvarende vilkår under manglende økonomisk substansunntaket. Vilkaåret kan også sies å være særegent i den forstand at det går utenfor den hypotetiske armlengdevurdering som oppstilles i art. 9 (1).²¹¹ Vilkaåret bidrar således ikke til å presisere innholdet i ordlyden, men oppstiller et tilleggsvilkår uten ordlydsforankring i art. 9 (1). Det kan derfor bemerkes at anvendelsen av vilkaåret leder til en innskrenkende fortolkning av art. 9 (1) ved at brudd på armlengdeprinsippet i seg selv ikke er tilstrekkelig for strukturell justering. Vilkaåret fordrer i tillegg at avvik fra armlengdes vilkår har ført til en bestemt konsekvens, nærmere bestemt prisforhindring.

Imidlertid er forholdet mellom irrasjonalitetsvilkåret og prishindringsvilkåret ikke videre klart. Det kan problematiseres om kommersiell irrasjonalitet automatisk fører til at prishindringsvilkåret er oppfylt. Ved besvarelsen av dette kan det pekes på to grunner til at irrasjonelle transaksjoner skaper hindringer for fastsettelse av pris:²¹²

1. Der et foretak har inngått en kommersiell irrasjonell transaksjon vil det ikke foreligge sammenlignbare uavhengige transaksjoner som kan benyttes ved den direkte sammenligningsmetoden (CUP-metoden) *uten å gjøre sammenlignbarhetsjusteringer*. Dette skyldes simpelthen at rasjonelle parter ikke inngår på kommersielle irrasjonelle transaksjoner.
2. Uavhengige armlengdetransaksjoner kan måtte underkastes svært kompliserte sammenlignbarhetsjusteringer ved at strukturelle vilkår i en ukontrollert transaksjon forutsettes å være kommersielt irrasjonelle. Spørsmålet blir dernest hvilken pris uavhengige parter ville ha avtalt dersom avtalen var inngått på de forutsetningsvis kommersielt irrasjonelle vilkår. Det vil således være tale om en prisfastsettelse basert på en dobbel hypotese; først forutsettes hypotetisk at irrasjonelle vilkår er avtalt, dernest spørres det hvilken pris foretakene hypotetisk ville ha avtalt under slike vilkår. En slik dobbel hypotese, hvor første hypotese bygger på kommersielt irrasjonelle vilkår, vanskeliggjør naturligvis fastsettelsen av riktig pris.

²¹⁰ Retningslinjene punkt 1.65 (6)

²¹¹ jf. formuleringen "differ from those which would be made between independent enterprises", jf. art. 9 (1).

²¹² Se Bullen 2010 s. 568

Utfordringene ved en prisfastsettelse basert på kommersielt irrasjonelle vilkår illustreres ved Rt. 2001 s. 1265 (Agip). Agip hadde forsikret en andel av oljeinstallasjonene på Ekofisk i sitt konserneide forsikringsselskap (captive) på Bermuda. Agip hadde skattemessig incentiv til å gjøre fradraget for forsikringspremien størst mulig i Norge med reduksjon i skattbar inntekt som resultat. Egenandelene var derfor satt lavt i forsikringspolisen, USD 32 600, mens gjengs egenandel i bransjen var USD 666 000. Den lave egenandelen resulterte i høyere forsikringspremie og derfor høyere fradragsberettigede kostnader. Høyesterett drøftet ikke det kommersielle rasjonalitetsunntaket eller prishindringsvilkåret eksplisitt, men var enig i at egenandelen kunne oppjusteres, da ”det ikke er opplyst noe om skadeoppgjør hvor en så lav egenandel som USD 32.600 er lagt til grunn”.²¹³ Høyesterett fant således at egenandelen ikke var armlengdes. Høyesterett kunne alternativt stilt spørsmålet om hvilken forsikringspremie uavhengige parter ville ha avtalt dersom en kommersielt irrasjonell høy egenandel ble lagt til grunn. Dette ville vært et eksempel på en slik dobbelthypotese-situasjon som omtalt i punkt 2 rett ovenfor.

Prishindringsvilkåret vil normalt være oppfylt dersom kommersiell irrasjonalitet foreligger. Imidlertid synes Retningslinjene å forutsette at pris kan fastsettes uforhindret også der det foreligger kommersiell irrasjonalitet. Dersom kommersiell irrasjonalitet per se medfører prishindring, ville det oppstilte prishindringsvilkåret i sin helhet være overflødig. En slik forståelse strider mot prinsippet om at bestemmelser skal tolkes slik at de har en effekt og ikke er uten mening.²¹⁴ Retningslinjene synes således å forutsette at kommersiell irrasjonalitet ikke med logisk nødvendighet medfører at prishindringsvilkåret er oppfylt.

Selv om kommersiell irrasjonalitet ikke med nødvendighet innebærer at prishindringsvilkåret er oppfylt, kan det drøftes om den kommersielle irrasjonaliteten må være *årsak* til prishindringen. Transaksjonens struktur kan bestå av kommersielt *rasjonelle* elementer som kan skape vanskeligheter ved prissettingen. Også eksterne faktorer uten tilknytning til transaksjonens struktur, eksempelvis krevende innhenting av markedsinformasjon, kan skape utfordringer. Spørsmålet blir således om det er påkrevet med årsakssammenheng mellom det strukturelt irrasjonelle vilkår og prishindringen eller om det er nok å påvise prishindring som sådan. Retningslinjene taler om at ”the actual structure... impeded”.²¹⁵ Formuleringen innebærer klart nok et krav om årsakssammenheng. Imidlertid er det uklart hvilke deler av transaksjonen som kan være årsak. Henvisningen til faktisk struktur er generell og ikke begrenset til kommersielt irrasjonelle vilkår. Ordlyden taler, etter mitt skjønn, derfor for at alle elementer i transaksjonen, så vel rasjonelle som irrasjonelle, kan oppfylle prisforhindringsvilkåret. Imidlertid kan

²¹³ Rt. 2001 s. 1265 på side 1284

²¹⁴ Bullen 2010 s. 571

²¹⁵ Retningslinjene punkt 1.65 (6)

det innvendes at "actual structure" må tolkes kontekstuell. Den kommersielle irrasjonalitet er selve grunnlaget for strukturell justering, og det har således blitt påpekt i juridisk teori at det ville være inkonsistent om også andre elementer i transaksjonen kunne være årsak under prisforhindringsvilkåret.²¹⁶ Synspunktet er at "actual structure" må tolkes innskrenkende til kun å omfatte de kommersielt irrasjonelle deler av transaksjonsstrukturen. En slik årsakslære, hvor kun irrasjonelle strukturelle vilkår kan bevirke at prishindringsvilkåret oppfylles, fordrer at det skilles mellom rasjonelle og irrasjonelle vilkår. Denne sontringen må gjennomføres både ved vurderingen av kommersiell rasjonalitet og selve justeringen som ikke skal være mer omfattende enn irrasjonaliteten tilsier, jf. proporsjonalitetsbegrensningen.²¹⁷ Det er derfor mulig å skille mellom rasjonelle og irrasjonelle vilkår, noe som gjør en årsakslære praktiserbar. Konklusjonen er derfor at rasjonelle vilkår eller eksterne elementer ikke kan være årsak under prishindringsvilkåret.

Videre kan det problematiseres hvilken terskel som etableres i Retningslinjene ved at kommersielt irrasjonelle vilkår må hindre, jf. "impedes", skattemyndighetenes fastsettelse av en passende armlengdepris. To tolkningsalternativer kan være aktuelle. Uttrykksmåten "impedes" kan tolkes slik at det må være *umulig* å fastsette en riktig internpris. Alternativt kan "impedes" forstås slik at det er tilstrekkelig at det blir *vanskelig* å fastsette en riktig internpris.²¹⁸ Mellom de to tolkningsalternativer vil det være glidende overganger. En ordlydsfortolkning av "impedes" tilsier at så vel lettere som absolutte hindre kan omfattes. Oxford Dictionary definerer således "impede" som "delay or stop the progress or movement...".²¹⁹ I juridisk teori har begge tolkningsalternativer vært hevdet uten at spørsmålet har fått avklaring i praksis.²²⁰ Det må derfor vektlegges at en naturlig språklig forståelse av ordlyden åpner for at også hindringer som gjør prisfastsettelsen vanskeligere omfattes, selv om slike hindringer ikke gjør prisfastsettelsen umulig. På den annen side ligger det en terskel i ordlyden "impedes", slik at ikke enhver ubetydelig komplikasjon for prisfastsettelsen oppfyller prisforhindringsvilkåret.

²¹⁶ Se Bullen 2010 s. 567

²¹⁷ At strukturell justering ikke må gjennomføres i større grad enn kommersiell irrasjonalitet tilsier kommer til uttrykk i ordlyden i art. 9 (1) som uttrykker at kun profitt som "...would, but for those conditions" (kommersielt irrasjonelle vilkår) kan tilordnes i tråd med armlengdeprinsippet.

²¹⁸ Bullen 2010 s. 572

²¹⁹ Oxford Advanced Learner's Dictionary 1995 s. 594

²²⁰ Se henvisninger i Bullen 2010 s. 572

3.10.3.4 Hvilke strukturelle justeringer er autorisert under kommersiell irrasjonalitetsunntaket?

Dersom skattyter kun hadde ett realistisk tilgjengelig alternativ til den kontrollerte transaksjon, må naturligvis dette alternativet være retningsgivende for den strukturelle justering. Det vil imidlertid kunne være flere ulike realistisk tilgjengelige alternativer. Spørsmålet blir derfor hvilket alternativ den strukturelle justering skal foretas i samsvar med. Bullen har identifisert tre ulike alternative standarder for justering under det kommersielle irrasjonalitetsvilkåret.²²¹

1. Det mest attraktive alternativ; dvs. det alternativ som skattyter ville ha valgt med hensyn til profittmaksimering.
2. Markedets norm; dvs. det alternativ som leder til profittmaksimering, men samtidig er begrenset av de markedsmekanismer som gjør seg gjeldende med hensyn til konkurranse i et fritt marked.
3. Den minst omfattende strukturelle justering; dvs. en justering som fraviker så lite som mulig fra den kontrollerte transaksjonens struktur, men hvor det allikevel ikke foreligger en transaksjon som er ”klart mer attraktiv”.

Utgangspunktet ved besvarelsen av hvilken standard som er bestemmende ved strukturell justering kan tas i Retningslinjenes beskrivelse av den strukturelle justering under basiseksemplet knyttet til kommersiell irrasjonalitet. Det heter således at den kontrollerte transaksjons vilkår skal tilpasses

*”...to those that might reasonably have been expected had the transfer of property been the subject of a transaction involving independent enterprises.”*²²²

Selv om formuleringen er knyttet til eksemplet vedrørende salg av immaterielle rettigheter, er den generell i sin form, jf. ”transfer of property”. Det er derfor grunn til å legge vekt på formuleringen under det kommersielle irrasjonalitetsunntaket. Ved henvisningen til ”transaction involving independent enterprises” gis det for det første anvisning på at målestokken for strukturell justering skal være kommersielt rasjonelle transaksjoner mellom uavhengige parter. Kommersielt irrasjonelle vilkår skal således erstattes med rasjonelle vilkår. Imidlertid understreker formuleringen også at armlengdeprinsippet er styrende; kommersielt rasjonelle og profittmaksimerende vilkår kan kun legges til grunn dersom de ville blitt inngått mellom uavhengige parter.

²²¹ Bullen 2010 s. 576-577. Jeg formulerer standardene under punkt 1 og 2 annerledes enn Bullen med sikte på å illustrere at punkt 2, etter mitt skjønn, er den standard Retningslinjene gir anvisning på.

²²² Retningslinjene punkt 1.65 (8)

Standarden som gir anvisning på den minst omfattende strukturelle justering, jf. punkt 3, har liten støtte i Retningslinjene. En slik strukturell justering samsvarer dårlig med at transaksjonen skal justeres til kommersielt rasjonelle vilkår. Selv om justeringen etter denne standarden medfører at ikke et annet alternativ lenger er ”klart mer attraktivt”, kan den kontrollerte transaksjon likevel være irrasjonell. Riktignok heter det i Retningslinjene kapittel IX at formålet med en strukturell justering er å erstatte den ikke-ankjente transaksjon med en alternativ karakterisering eller struktur som ”comports as closely as possible with the facts of the case”.²²³ Denne uttalelsen må imidlertid sees som en vektlegging av det konkrete saksforhold, snarere enn at armlengdeprinsippets sammenligning med uavhengige transaksjoner skal fravikes. Videre kan det påpekes at strukturelle justeringer etter ordlyden art. 9 (1) ikke kan gå lengre enn irrasjonaliteten rekker. Denne proporsjonalitetsbegrensningen kunne vært tatt til inntekt for den-minst-omfattende-strukturelle-justeringsstandard. Spørsmålet her er imidlertid om justeringen skal gå kortere enn den kommersielle rasjonalitet rekker, ikke om justeringen kan gå lengre enn irrasjonaliteten rekker. Proporsjonalitetsbegrensningen taler således heller ikke for at den minst omfattende justering skal legges til grunn. Også Bullen konkluderer med at den minst omfattende justering ikke er den hjemlede målestokk i Retningslinjene.²²⁴ Den minst omfattende justering må etter dette avvises som relevant standard under kommersiell rasjonalitetsunntaket.

Imidlertid kan det være mer tvilsomt om det mest attraktive alternativ eller en markedsnorm skal danne grunnlaget for den strukturelle justeringen. Det kan hevdes at direktivet i Retningslinjene punkt 1.65 (8) om at vilkårene skal tilpasses ”those that might reasonably have been expected ...[in] a transaction involving independent enterprises” tilsier at det mest attraktive alternativ skal legges til grunn.²²⁵ Direktivet fordrer imidlertid at transaksjonen kunne vært inngått mellom uavhengige foretak. Dette er i overensstemmelse med armlengdeprinsippet. Det må således tas hensyn til om den transaksjonen som skal tjene som grunnlag kunne vært inngått på markedet. Uavhengige parter vil forhandle om pris og andre kontraktsvilkår. Markedssituasjonen vil sjelden være slik at en kontraktspart fullt ut vil få gjennomslag. Den mest attraktive transaksjon kan derfor sjeldent oppnås på et marked med fri konkurranse. Et kjernepunkt i armlengdeprinsippet er at det skal tas hensyn til hvordan uavhengige parter ville kontrahert, markedskrefter tatt i betraktning.²²⁶ Å se bort fra markedssituasjonen og restrukturere en transaksjon i samsvar med det mest attraktive alternativ er således ikke i overensstem-

²²³ Retningslinjene punkt 9.187

²²⁴ Bullen 2010 s. 577

²²⁵ Slik argumenterer Bullen 2010 s. 576-577. Det påpekes imidlertid at utgangspunktet må modifiseres.

²²⁶ Retningslinjene punkt 1.2 (1): ”...the conditions [are]...ordinarily...determined by market forces.”

melse med art. 9 (1). Det må stilles som forutsetning at transaksjonen, markedsforholdene tatt i betraktning, realistisk sett kunne vært inngått.

Imidlertid kan det foreligge et armlengdeintervall av strukturerte transaksjoner som realistisk sett kunne vært inngått mellom uavhengige parter. Attraktiviteten for skattyter innen dette intervallet kan være større eller mindre. Spørsmålet blir derfor om den strukturelle justering skal bygges på den uavhengig transaksjon innen dette intervallet som er mest attraktiv eller om transaksjonen som gjenspeiler gjengse markedsmessige vilkår skal legges til grunn. Bullen treffer den konklusjon at den mest attraktive transaksjon skal legges til grunn basert på ordlyden i Retningslinjene punkt 1.65 (8). Dette er etter mitt skjønn en tvilsom slutning. Som nevnt, kan direktivet i Retningslinjene, jf. ”transaction involving independent enterprises”, også forstås som en henvisning til markedets vilkår, da det er disse som reflekteres i avtaler mellom uavhengige parter.

Spørsmålet om valg av den mest attraktive eller gjengs markedsvilkår innenfor et armlengdeintervall er ikke omtalt i Retningslinjene hva gjelder strukturelle justeringer. Den parallelle problemstilling ved justering av internpris er imidlertid behandlet i Retningslinjene. Hovedregelen er at prisjusteringer skal gjøres til ”det punkt i intervallet som best gjenspeiler vedkommende bestemte kontrollerte transaksjons fakta og omstendigheter”.²²⁷ Ved prisjusteringer gis det således anvisning på en konkret vurdering, men det kan være uklart hva det innebærer at prisen skal reflektere forholdene i den kontrollerte transaksjon. Dersom hovedregelen anvendes analogisk på strukturelle justeringer, er det ikke gitt hva en justering basert på ”transaksjonens fakta og omstendigheter” vil innebære. En slik konkret vurdering kan således undertiden gi anvisning på en markedsnorm, andre ganger det mest attraktive alternativ. Det er derfor lite veiledning å finne i Retningslinjenes bestemmelser om prisjustering.

Imidlertid synes norsk lignings- og rettspraksis å ha bygget strukturell justering på en markedsnorm og ikke det mest attraktive alternativ skattyter kunne ha oppnådd. I den tidligere omtalte Agip-saken var ett av spørsmålene som nevnt om egenandelen under en forsikringspolise hos et assosiert foretak (captive) kunne oppjusteres med reduserende effekt på premien. Dette kan sees som et spørsmål om strukturell justering under kommersiell irrasjonalitetsunntaket. Høyesterett tok ikke eksplisitt stilling til hvilken standard som var avgjørende ved fastsettelsen av egenandelen. Borgarting lagmannsrett uttrykte imidlertid at nedjusteringen skulle foretas til ”en egenandel som ligger ’midt på treet’ markedsmessig – ikke nødvendigvis på det laveste nivå av det som kan ansees markedsmessig”.²²⁸ Denne forståelsen er senere fulgt opp i

²²⁷ OECDs Retningslinjer 1995 punkt 1.48 siste punktum i norsk oversettelse

²²⁸ Bullen 2010 s. 578 med henvisning til Utv. 2000/1275 s. 1278

senere praksis fra Klagenemda for oljeskatt som har vist til lagmannsrettens avgjørelse og gitt anvisning på en ”normal egenandel som kan observeres i markedet”.²²⁹ Norsk praksis synes derfor å ha lagt til grunn en markedsnorm, der gjengs vilkår er standarden strukturelle vilkår justeres mot. Spørsmålet er imidlertid hvilken vekt denne praksis kan tillegges ved tolkningen av art. 9 (1) forstått i lys av Retningslinjene. Underrettspraksis har generelt begrenset vekt. Imidlertid er lagmannsrettens avgjørelse fulgt opp i ligningspraksis. Det kan derfor være grunn til å tillegge lagmannsrettens avgjørelse noe større vekt enn normalt.

Avgjørende må det imidlertid være at Retningslinjene i punkt 1.65 (8), med henvisning til vilkår som forventes å ville blitt inngått mellom uavhengige foretak, indirekte gir anvisning på en markedsnorm. Det kan ikke forventes at uavhengige foretak vil velge den mest attraktive transaksjon når dette vil være urealistisk i et fritt marked. Forståelsen av ordlyden i Retningslinjene punkt 1.65 (8), sammenholdt med anvendelsen av en markedsnorm i norsk retts- og ligningspraksis, taler derfor for at standarden strukturell justeringer skal foretas i henhold til en markedsmessig gjengs vilkår, eksempelvis et gjennomsnitt av strukturelle vilkår innenfor armlengdeintervallet.²³⁰

3.10.3.5 Retningslinjenes basiseksempel på kommersiell irrasjonalitet

Retningslinjenes eneste, men ikke uttømmende, eksempel på en mulig strukturell justering under kommersiell irrasjonalitetsunntaket knytter seg til overdragelse av immaterielle rettigheter og lyder slik:

*”Et eksempel på en slik situasjon er et salg i henhold til en langsiktig kontrakt, mot betaling av et engangsbeløp, av en ubegrenset eiendomsrett til alle immaterielle rettigheter som måtte følge av fremtidig forskning i kontraktens løpetid (som tidligere vist til i punkt 1.10). Selv om det kan være korrekt å anerkjenne transaksjonen som en overdragelse av en næringseiendel, vil det likevel være hensiktsmessig for en skattemyndighet å tilpasse vilkårene for overdragelsen i sin helhet (og ikke kun med hensyn til prising) til det som med rimelighet kunne forventes hadde overdragelsen av eiendelen vært gjenstand for en transaksjon mellom uavhengige foretak. Det ville følgelig i dette tilfellet for eksempel kunne være hensiktsmessig for skattemyndigheten å justere kontraktens vilkår på en kommersielt rasjonell måte som en løpende forskingsavtale.”*²³¹

²²⁹ Bullen 2010 s. 578 med henvisning til Klagenemda for oljeskatt (2003) s. 175

²³⁰ Motsetningsvis trekker Bullen 2010 s. 577 den konklusjon at den mest attraktive alternative transaksjon er grunnlaget for strukturell justering under det kommersiell irrasjonalitetsunntaket.

²³¹ Retningslinjene 1995 i norsk oversettelse punkt 1.37 (7)-(8)

Det følger implisitt av eksempelet at salg av immaterielle rettigheter mot et engangsvederlag ikke i seg selv ansees kommersielt irrasjonelt. Det kan være bedriftsøkonomisk rasjonelle grunner til at uavhengig foretak selger immaterielle rettigheter til foretak som mer effektivt kan nyttiggjøre seg disse rettighetene ved eksempelvis produksjon, synergier eller spekulasjon. Det som gjør salget av immaterielle rettigheter kommersielt irrasjonelt under basiseksempelen er imidlertid kombinasjonen av engangsbetaling og ekstrem usikkerhet vedrørende verdsettelsen av den immaterielle rettighet.²³² Retningslinjenes eksempel angår rettigheter som følge av ”fremtidig forskning”.²³³ Det er altså ikke tale om rettigheter som allerede er utviklet og dermed kan verdsettes med større grad av sikkerhet. Dersom eksempelvis Orkla Foods for all fremtid selger merkevaren Pizza Grandiosa mot en engangsbetaling, vil verdien av denne velutprøvde merkevaren empirisk kunne bygges på tidligere fortjenestemarginer. Et slikt salg vil således ikke være irrasjonelt under basiseksempelen.

Basiseksempelen innebærer heller ikke at salg av immaterielle rettigheter, som vanskelig kan verdsettes, er kommersielt irrasjonelt per se. Kommersiell irrasjonalitet oppstår i de tilfeller hvor partene velger en *statisk prisingsmekanisme*, eksempelvis engangsbetaling. Den statiske prisingsmekanismen av uutviklede immaterielle rettigheter gjør salget til et sjansespill for både selger og kjøper. Basiseksempelen illustrerer således at salg av uutviklede immaterielle rettigheter kan være lite attraktivt for både selger og kjøper avhengig av hvilken pris som fastsettes. Det typiske tilfellet vil allikevel være salg av immaterielle rettigheter til foretak lokalisert i lavskattelend for en tilsynelatende lav pris. Salget vil her være lite attraktivt for selger, da engangssummen ”might not reflect the potential for the intangible to become extremely profitable”.²³⁴ Forholdet kan imidlertid også være at kjøper betaler en høy pris for rettigheter som viser seg å være overpriset. En rasjonell kjøper kan derfor være villig til å gi selger andel i fremtidig avkastning fra den immaterielle rettighet mot å betale mindre for den immaterielle rettighet. En slik dynamisk prisjusteringsmekanisme kan være rasjonell for både selger og kjøper. I tilfeller der avkastningen viser seg å bli stor, vil overskuddet deles, og partene vil i fellesskap bære risikoen for lav inntjening.

Verdsettelsesutfordringer i kombinasjon med en statisk prisingsmekanisme er som nevnt nødvendige betingelser under basiseksempelen. Analysen av kommersiell irrasjonalitet må imidlertid mer presist gjøres etter den metode som er oppstilt under omtalen av RTA-standard.²³⁵ Det må derfor først klarlegges om det forelå realistisk tilgjengelige alternativer

²³² Se Retningslinjene 1995 punkt 1.37 med referanse til punkt 1.10: ”cannot be adequately estimated”.

²³³ Retningslinjene 1995 i norsk oversettelse punkt 1.37 (7)

²³⁴ Bullen 2010 s. 668 med henvisning til Retningslinjene punkt 1.10

²³⁵ Basiseksempelen er som nevnt ikke uttømmende og kombinasjonen av verdsettelsesusikkerhet og statisk prising er således kun et eksempel på tilfeller der det kan foreligge andre og (klart) mer attraktive

til salg av immaterielle rettigheter mot en engangssum. På dette punkt henviser Retningslinjene til at "en løpende forskingsavtale" vil representere et slikt realistisk tilgjengelig alternativ. En forskingsavtale vil kunne innebære kortere kontraktterminer og/eller dynamisk prissetting.

Videre må det foreligge alternativer som er (klart) mer attraktive. I tilknytning til basiseksempellet er det som nevnt avgjørende at de immaterielle rettigheter selges på et tidspunkt hvor de umulig kan verdsettes. Basiseksempellet viser til rettigheter som følge av "fremtidig forskning". Det er naturlig å forstå dette slik at den immaterielle rettighet ikke er utviklet på salgstidspunktet.²³⁶ Imidlertid er det glidende overganger mellom den ekstreme usikkerhet relatert til verdsettelse av immaterielle rettigheter som ennå ikke er utviklet på den ene siden og velutprøvde immaterielle rettigheter på den annen side. Eksempelvis kan et legemiddelfirma, som driver omfattende grunnforskning på cancer, selge rettighetene til en spesifikk kreftmedisin, utviklet på grunnlag av anvendt forskning på nettopp denne krefttypen, mot en engangssum. På salgstidspunktet er den betydelige grunnforskningen allerede gjort; noe av usikkerheten ved utviklingen av kreftmedisinen er således eliminert. Kreftmedisinen må nok allikevel sies å være "en følge av fremtidig forskning", i dette tilfellet den anvendte forskningen på en spesifikk krefttype. Tilfellet omfattes således av basiseksempellet. Problemstillingen under RTA-standarden er imidlertid om skattyter hadde (klart) mer attraktive alternativer. I tilknytning til salg av immaterielle rettigheter, vil det derfor måtte problematiseres *hvor stor grad av usikkerhet* som foreligger. Dette vil blant annet avhenge av hvor utviklet rettighetene er i et gitt marked. Jeg finner det derfor, i motsetning til Bullen, lite hensiktsmessig å oppstille kategorier av kontrollerte transaksjoner med henholdsvis lav og høy verdsettelsesusikkerhet.²³⁷

Vurderingen av hvorvidt det forelå (klart) mer attraktive alternativer vil derfor være en konkret vurdering av den enkelte skattyters situasjon på tidspunktet for investeringsbeslutningen. I denne vurderingen må det subjektivt tas hensyn til skattyterens risikoprofil.²³⁸ I det kommersielle liv tar aktørene ulik risiko, og risikoprofilen vil ofte være styrende for hvilken avkastning som forventes. Stor grad av usikkerhet på tidspunktet for investeringsbeslutningen kan derfor være attraktivt for et risikovillig foretak med optimistiske kalkyler. En følge av en slik konkret ex ante vurdering av attraktivitet, er at strukturell justering ikke alene kan finne sted fordi immaterielle rettigheter gir signifikant større avkastning enn kjøps- eller leasingpris

alternativer. Dynamisk prissetting, ved at selger gis en prosentandel av inntjeningen, er et eksempel på en alternativ og mer attraktiv transaksjon.

²³⁶ Bullen 2010 s. 666 forstår eksempelet slik at heller ingen forskning har blitt utført på salgstidspunktet.

²³⁷ Se Bullen 2010 s. 675-678. Bullen påpeker imidlertid også at Retningslinjene gir få holdepunkter for å fastsette hvilken grad av usikkerhet som er nødvendig for å foreta strukturell justering.

²³⁸ Slik også Bullen 2010 s. 559 (subjektiv vurdering) og s. 672 (konkret vurdering)

skulle tilsi.²³⁹ I dette ligger en anerkjennelse av at en transaksjon som fremsto som mest attraktiv på beslutningstidspunktet, må anerkjennes m.h.t struktur selv om en vurdering i ettertid viser at investeringsbeslutningen ikke rent faktisk var den mest attraktive.

3.10.3.6 Irrasjonelle kostnader

3.10.3.6.1 Problemstilling

Uavhengige foretak, som presumptivt handler kommersielt rasjonelt, vil ikke pådra seg kostnader i større utstrekning enn det er nødvendig for driften. Den rasjonelle målsettingen om profittmaksimering innebærer at uavhengige foretak har et økonomisk incitament til å unngå kjøp av unødvendige varer og tjenester. Innen et konsern kan imidlertid incentivet om kostnadsminimering i det enkelte foretak bli påvirket av skattereglene.²⁴⁰ Det kan derfor være skattemessig opportunt for konsernet som helhet at et av foretakene kjøper varer eller tjenester som er unødvendig for driften. Hensikten kan være å allokere fradragsposter til selskaper i land med gunstige fradragsordninger, og inntekter til lavskatteland.

Spørsmålet som skal drøftes her er i hvilken grad kjøp av slike mer eller mindre unødvendige varer og tjenester kan restruktureres etter bestemmelsene om strukturell justering. Konsekvensen av en slik restrukturering vil være at kjøpet ikke anerkjennes i større grad enn det er kommersielt rasjonelt. Er kjøpet i sin helhet unødvendig, og dermed kommersielt irrasjonelt, ignoreres transaksjonen med den konsekvens at fradragsrett ikke gis.

3.10.3.6.2 Forholdet til fradragsreglene i intern rett, jf. sktl. § 6-1, 1.ledd

Vilkårene for fradragsrett for kostnader i bruttoinntekt har et interessant grensesnitt mot strukturelle justeringer. Dersom en pådratt kostnad er kommersielt irrasjonell, kan nektelse av fradragsrett tenkes hjemlet på to ulike grunnlag; for det første kan det tenkes at vilkårene for fradragsrett ikke er oppfylt i intern norsk rett, for det andre at kostnaden ignoreres i medhold av reglene om strukturell justering.

Den sentrale bestemmelsen om fradragsrett i norsk rett er skatteloven § 6-1, 1. ledd, hvor det fremgår at skattyter kan kreve fradrag i bruttoinntekt for ”kostnad som er pådratt for å erverve, vedlikeholde eller sikre skattepliktig inntekt”. I dette ligger blant annet et vilkår om tilknytning mellom kostnaden og skattyters inntekt eller inntektsskapende aktivitet, jf. ”pådratt

²³⁹ Bullen 2010 s. 672 med henvisning til punkt 6.28-6.35. Det kan bemerkes at avvik mellom beregnet avkastning og faktisk avkastning er tilstrekkelig etter de US-amerikanske periodiske justeringsreglene.

²⁴⁰ Bullen 2010 s. 686

for å erverve...” osv.²⁴¹ Dette tilknytningsvilkåret er i høyesterettspraksis forstått slik at det ikke er et absolutt vilkår for fradragsrett at kostnaden var *nødvendig* for å erverve, vedlikeholde eller sikre inntekt.²⁴² Det kan imidlertid problematiseres om utgiften må ha vært objektivt *egnet* til å generere inntekt. Ordlyden i § 6-1, ”pådratt for å erverve...” osv., gir ikke noe klart svar på om det er den subjektive hensikt eller den objektive egnethet som er avgjørende. Imidlertid uttaler Høyesterett i Rt. 1981 s. 256 om tap av innskudd i en spekulativ joint venture-avtale:

*”Heller ikke kan jeg anse utgiftsfradrag utelukke[t] med den begrunnelse at kostnaden ikke var egnet til å realisere formålet. Jeg vil ikke utelukke at en utgift med sikte på å oppnå fremtidige inntekter kan være så uegnet for formålet at den allerede av denne grunn ikke kan aksepteres som utgift til inntektens ervervelse. Men når det – som i denne sak – er uomtvistet at skattyterens formål med utgiften har vært å fremme erverv av inntekt, kan det etter min oppfatning bare i rene unntakstilfelle bli tale om å nekte fradrag fordi utgiften objektivt sett ikke var formålstjenlig.”*²⁴³

Forutsatt at skattyter hadde til hensikt å påvirke inntektsstrømmen, indikerer uttalelsen at det ikke er et absolutt vilkår for fradragsrett at kostnaden objektivt er egnet til å generere inntekt. Denne forståelsen er fulgt opp i senere høyesterettspraksis.²⁴⁴ Synspunktet er også lagt til grunn i juridisk teori.²⁴⁵ Det må derfor kunne konstateres at det ikke oppstilles noe generelt krav om at kostnaden objektivt er egnet til å påvirke inntektsstrømmen. Dersom kostnaden ikke bidrar til økt inntekt, kan den således likevel være fradragsberettiget etter § 6-1 i intern norsk rett.

Spørsmålet er om denne terskelen for nektelse av fradragsrett etter § 6-1, 1. ledd samsvarer med vilkårene for strukturell justering under det kommersielle irrasjonalitetsunntaket. Er terskelen for å anerkjenne en transaksjon som fradragsberettiget etter § 6-1 lavere enn etter det kommersielle rasjonalitetsunntaket, kan en kostnad som er fradragsberettiget etter § 6-1 allikevel måtte ignoreres etter det kommersielle irrasjonalitetsunntaket.

²⁴¹ Det andre vilkåret, oppofrelsesvilkåret, som innebærer at det må finne sted en reduksjon i skattyters formuesstilling, er ikke relevant i denne sammenheng.

²⁴² Se Rt. 1991 s. 1182 *Brenden*

²⁴³ Rt. 1981 s. 256 *Bjerke Pedersen* s. 258

²⁴⁴ Se Rt. 2005 s. 1434 *Total* avsnitt 26: ”Jeg kan således ikke se at det kan være et absolutt vilkår for fradragsrett at kostnaden er egnet til å påvirke en skattepliktig inntektsstrøm direkte.”

²⁴⁵ Se Zimmer, Lærebok i skatterett, s. 194

Spørsmålet om objektiv egnethet, jf. § 6-1, 1. ledd, kan forstås som en parallell til kommersiell rasjonalitet. Det er vanskelig å tenke seg en transaksjon som er objektivt egnet til å skape inntekt, men allikevel ikke er kommersielt rasjonell. Imidlertid kan det nok tenkes transaksjoner som er fremstår som kommersielt rasjonelle på beslutningstidspunktet, men i ettertid viser seg å være objektivt uegnet til å øke inntektsstrømmen. Rt. 1981 s. 256 *Bjerke Pedersen* illustrerer dette. Det var ikke tvilsomt at innskuddet i henhold til joint venture-avtalen fremstod som kommersielt rasjonelt for Bjerke Pedersen. Den etterfølgende materialisering av risiko skulle imidlertid vise at investeringen objektivt sett ikke var egnet til å generere inntekt.

Når det etter høyesterettspraksis ikke oppstilles som vilkår for fradragsrett at kostnaden var objektivt egnet til å skape inntekt, er det nærliggende å slutte at også kommersielt irrasjonelle kostnader er fradragsberettiget etter § 6-1, 1. ledd. Det avgjørende for fradragsrett etter § 6-1, 1. ledd blir således ”skattyterens [subjektive] formål med utgiften”,²⁴⁶ jf. uttalelsen i *Bjerke Pedersen*, mens vurderingen etter det kommersielle irrasjonalitetsunntaket består i en objektiv vurdering av kommersiell rasjonalitet.

Disse tilsynelatende svært ulike vurderingstemaer må imidlertid modifiseres. Under det kommersielle irrasjonalitetsunntaket bedømmes utgiftens attraktivitet ut fra om den på beslutningstidspunktet fremstod som kommersielt attraktiv for skattyter.²⁴⁷ Vurderingen har således et subjektivt anstrøk, til tross for at skattyters formål med utgiften ikke har selvstendig relevans. Vurderingens subjektive anstrøk samsvarer godt med Høyesteretts uttalelse i Rt. 1981 s. 256 *Bjerke Pedersen*:

*”En vurdering av utgiftens egnethet må under enhver omstendighet ta utgangspunkt i situasjonen da utgiften ble pådratt.”*²⁴⁸

Vurderingene har derfor til felles at det tas utgangspunkt i subjektiv attraktivitet for skattyter på beslutningstidspunktet. I tillegg kan det bemerkes at selv om egnethet ikke er et absolutt vilkår for fradragsrett, vil graden av kommersiell rasjonalitet kunne ha betydning i en helhetsvurdering etter § 6-1. Dette gjelder spesielt i tilfeller hvor utgiften er pådratt med sikte på flere formål.²⁴⁹ I Rt. 1981 s. 256 *Bjerke Pedersen* bemerker da også Høyesterett at utgiften kan være ”så uegnet for formålet”, dvs. så kommersiell irrasjonell, at fradrag må nektes. Til tross for at objektiv egnethet, og dermed kommersiell rasjonalitet, ikke er et absolutt vilkår for fra-

²⁴⁶ Rt. 1981 s. 256 *Bjerke Pedersen* s. 258

²⁴⁷ Bullen 2010 s. 559

²⁴⁸ Rt. 1981 s. 256 *Bjerke Pedersen* s. 258

²⁴⁹ Zimmer 2009 s. 194 med henvisning til Rt. 1965 s. 954 *Kosmos* hvor det ble vektlagt at kostnaden i et tilfelle av flere formål var egnet til å fremme inntektsøkning.

dragsrett etter § 6-1, 1.ledd, bevirker den subjektive bedømmelsen av kommersiell attraktivitet under kommersiell irrasjonalitetsunntaket at vurderingstemaene blir tilnærmedesvis like. Konklusjonen blir derfor at terskelen for å nekte fradrag etter skatteloven § 6-1, 1.ledd og strukturell justering er omtrent den samme.

4 I hvilken grad er vilkårene for strukturelle justeringer reflektert i norsk rettspraksis?

4.1 Innledning

Med vilkårene for strukturell justering som bakteppe, er det naturlig å problematisere hvilket anvendelsesområde disse vilkårene kan gis i norsk internrett. Dette er et spørsmål om Retningslinjenes rettskildestatus etter § 13-1. Jeg vil fortrinnsvis analysere praksis fra Høyesterett, jf. punkt 4.5 nedenfor. Først gis det imidlertid en oversikt over Retningslinjenes relevans og vekt etter gjeldende rettskildenormer i norsk rett, jf. nedenfor i punkt 4.2 til 4.4. Retningslinjenes rettskildestatus i norsk rett er normen høyesterettspraksis må vurderes mot, samtidig som Høyesteretts prejudikater naturligvis vil påvirke Retningslinjenes relevans og vekt.

Retningslinjenes relevans og vekt i intern norsk rett må holdes adskilt fra Retningslinjenes *folkerettslige* relevans og vekt ved tolkningen av den konkrete skatteavtalerettslige armlengdebestemmelse tilsvarende mønsterskatteavtalens art. 9. Retningslinjene vil således være en relevant rettskilde både folkerettslig, ved tolkningen av armlengdebestemmelser i skattetraktater, og internrettslig, ved forståelsen av § 13-1. Det er imidlertid Retningslinjenes rettskildebetydning i intern rett, altså ved anvendelsen av § 13-1, som er gjenstand for drøfting i denne sammenheng.

Ved bedømmelsen av retningslinjenes relevans og vekt i intern rett må det, som nevnt i kapittel 2.4, tas utgangspunkt i § 13-1, fjerde ledd, som graderer Retningslinjene i to ulike kategorier. Det er fjerde ledd som utgjør hjemmelen for å tillegge Retningslinjene vekt ved anvendelsen av den internrettslige armlengdebestemmelsen i § 13-1. Norge er ikke folkerettslig forpliktet til å anvende Retningslinjene ved tolkningen av § 13-1. Den folkerettslige forpliktelse er begrenset til å gi den skatteavtalerettslige armlengdebestemmelse tilsvarende art. 9 forrang i tilfeller av konflikt med § 13-1.²⁵⁰ Dersom en strukturell justering etter § 13-1 (1) foretas uten at vilkårene for strukturell justering er oppfylt etter Retningslinjene, vil således justeringen måtte vike for skatteavtalerettslig armlengdebestemmelse tilsvarende art. 9 dersom Norge har inngått skatteavtale med den annen stat. Er det imidlertid tale om transaksjoner

²⁵⁰ Bullen og Arnfinnsen s. 125

mellom to fysiske personer eller mellom et foretak og en fysisk person, vil det folkerettslig ikke oppstå begrensninger. Det er fordi skatteavtalenes armlengdebestemmelser tilsvarende art. 9 kun kommer til anvendelse på internasjonale foretakstransaksjoner.

Utgangspunktet for drøftelsen vil være § 13-1 fjerde ledd. Av bestemmelsens første punktum følger det at rettsanvenderen ”skal” ta hensyn til retningslinjene der det foreligger skatteavtalerettslige armlengdebestemmelser. I ”andre tilfeller...bør” det tas hensyn til Retningslinjene, jf. annet punktum. Disse to kategoriene behandles nærmere nedenfor i henholdsvis punkt 4.3 og 4.4.²⁵¹

4.2 *I hvilke ulike situasjoner oppstår spørsmålet om Retningslinjenes relevans og vekt?*

Retningslinjene er forfattet med henblikk på internasjonale foretakstransaksjoner. Skatteavtalenes armlengdebestemmelser som tilsvarende mønsterskatteavtalens art. 9 har også internasjonale foretakstransaksjoner som anvendelsesområde.²⁵² Den folkerettslige anvendelse av Retningslinjene på den konkrete skatteavtale vil derfor alltid omhandle internasjonale foretakstransaksjoner. Dette er uproblematisk. Imidlertid er § 13-1 som tidligere omtalt ikke begrenset til internasjonale foretakstransaksjoner. Bestemmelsen i § 13-1 (1) omfatter i tillegg:

1. Nasjonale foretakstransaksjoner, dvs. transaksjoner mellom to norske foretak uten grenseoverskridende elementer.
2. Aksjonærtransaksjoner, dvs. transaksjoner mellom et foretak og en personlig aksjonær.
3. Rene persontransaksjoner, dvs. transaksjoner som foretas mellom to fysiske personer.

På samme måte som § 13-1 omfatter både grenseoverskridende og innenlandske foretakstransaksjoner, omfatter bestemmelsen likeledes både grenseoverskridende og innenlandske aksjonær- og persontransaksjoner.

²⁵¹ Bestemmelsen i § 13-1, fjerde ledd, kan sees som en rettskilderegel. Den gir ikke direktiver om innholdet i rettsregler, men indikerer hvilken relevans og vekt Retningslinjene skal gis. Den er således en metanorm.

²⁵² Definisjonen av foretak, ”enterprises”, følger av OECDs mønsterskatteavtale art. 3 første ledd, litra c), jf. ”...carrying out of any business.”

Spørsmålet om strukturelle justeringers relevans og vekt er derfor problematisk ved følgende situasjoner i internrett, i tabellen markert ved kulørt:

Innenlandske foretakstransaksjoner	Innenlandske aksjonærtransaksjoner	Innenlandske persontransaksjoner
Grenseoverskridende foretakstransaksjoner, herunder:	Grenseoverskridende aksjonærtransaksjoner	Grenseoverskridende persontransaksjoner
Grenseoverskridende foretakstransaksjoner regulert av armlengdebestemmelse i en tilsvarende mønsterskatteavtalen art. 9.	Grenseoverskridende foretakstransaksjoner som ikke omfattes av en armlengdebestemmelse i skatteavtale, typisk fordi Norge ikke har inngått en slik avtale.	

4.3 Retningslinjenes rettskildestatus i skatteavtalesituasjoner, § 13-1 (4) første punktum

Skatteloven § 13-1 (4) første punktum omfatter etter sin ordlyd kun grenseoverskridende foretakstransaksjoner underlagt skatteavtalerettslig armlengdebestemmelse. I disse tilfeller anviser bestemmelsen at det ”skal...tas hensyn til” OECDs Retningslinjer.²⁵³ Formuleringen ”skal” indikerer med klarhet at Retningslinjene er en relevant rettskildefaktor ved anvendelsen av § 13-1 (1). Etter vanlig rettskildelære innebærer relevans at det er tillatt å ta en rettskildefaktor i betraktning.²⁵⁴ Ordlyden ”skal” gir anvisning på at det ikke bare er tillatt å ta Retningslinjene i betraktning, men også påbudt. En påbudt rettskildefaktor må med logisk nødvendighet også være tillatt. Retningslinjene er derfor utvilsomt relevante ved anvendelse av § 13-1 (1) på grenseoverskridende foretakstransaksjoner underlagt skatteavtale.

Videre indikerer ordlyden ”skal” at Retningslinjene skal tillegges betydelig vekt i skatteavtalesituasjonen. Riktignok kan formuleringen ”tas hensyn til” indikere mindre vekt. Det følger imidlertid av forarbeidene at en gradering mellom første og annet punktum, ”skal” versus

²⁵³ Skatteloven § 13-1 (4) første punktum

²⁵⁴ Bullen og Arnfinsen s. 122 med henvisning til Eckhoff og Helgesen, Rettskildelære, 5. utgave 2001 s. 25.

”bør”, er valgt for å gi Retningslinjene relativt større vekt i skatteavtalesituasjonen.²⁵⁵ Også Høyesteretts uttalelse i Rt. 2001 s. 1265 *Agip* om at Retningslinjene ”gir et mer presist uttrykk for innholdet” i bestemmelsen synes å forutsette stor vekt.²⁵⁶ Ved kodifiseringen av rettspraksis i fjerde ledd var formålet en klargjøring og formalisering av Retningslinjenes vekt.²⁵⁷ Formålet var således ikke å svekke Retningslinjenes vekt som da fulgte av rettspraksis. I tillegg kommer at Rt. 2001 s. 1265 *Agip* angikk et tilfelle av grenseoverskridende foretakstransaksjon uten at armlengdebestemmelse i skatteavtale kom til anvendelse. Vekten av Retningslinjene må være enn større når transaksjonen i tillegg reguleres av en skatteavtale. I juridisk teori synes det å være vidt anerkjent at Retningslinjene har stor vekt ved tolkningen av § 13-1 (1) i skatteavtalesituasjonen.²⁵⁸

For strukturelle justeringer innebærer Retningslinjenes betydelige vekt i skatteavtalesituasjonen at vilkårene i kapittel IX del IV må være oppfylt for å foreta en justering etter § 13-1 (1). Det kan diskuteres om dette er en presiserende eller innskrenkende fortolkning av § 13-1 (1). I *Agip* forutsettes det at:

*”Det er derfor ikke tale om noen innskrenkende eller utvidende tolkning av lovbestemmelsen når OECDs retningslinjer tillegges betydning. Men retningslinjene gir et mer presist uttrykk for innholdet i skatteloven § 54 første ledd [nå § 13-1 (1)].”*²⁵⁹

Hvorvidt perspektivet om en presiserende fortolkning kan opprettholdes ved strukturelle justeringer, må etter mitt skjønn være tvilsomt. Skatteloven § 13-1 (1) oppstiller, sammenholdt med forarbeidene, tre kumulative og uttømmende vilkår for justering. De tilleggsvilkår som oppstilles ved strukturell justering i Retningslinjene har ikke holdepunkter i bestemmelsens første ledd. En presiserende tolkning vil være en treffende betegnelse når Retningslinjenes kapittel I om generelle trekk ved armlengdeprinsippet eller kapittel II om internprisingsmetodene utfyller armlengdeprinsippet i § 13-1 (1), men synes mindre nærliggende når tilleggsvilkår oppstilles for strukturell justering. Etter mitt skjønn er det derfor tale om en innskrenkende fortolkning av § 13-1 (1) ved strukturell justering. Spørsmålet har imidlertid større rettskilleteoretisk interesse enn praktisk betydning.

²⁵⁵ Ot.prp. nr. 62 (2006-2007) punkt 1.2 s. 6.

²⁵⁶ Rt. 2001 s. 1265 på side 1278

²⁵⁷ Zimmer s. 149

²⁵⁸ Se eksempelvis Bullen og Arnfinsen s. 120

²⁵⁹ Rt. 2001 s. 1265 på side 1278

4.4 *Retningslinjenes rettskildestatus utenfor skatteavtalesituasjoner, § 13-1 (4) annet punktum*

4.4.1 *Problemstilling*

Det som skal drøftes i det følgende er i hvilken grad Retningslinjenes regler om strukturell justering setter begrensninger der det ikke foreligger skatteavtale som regulerer grenseoverskridende foretakstransaksjoner og der transaksjonens art er en persontransaksjon mellom to fysiske personer eller en aksjonærtransaksjon mellom en personlig aksjonær og foretaket.²⁶⁰ Disse situasjonene ligger utenfor anvendelsesområdet til § 13-1 (4) første ledd og omfattes derfor av ordlyden i annet punktum, jf. ”andre tilfeller”. I aksjonærtransaksjoner kan det typisk oppstå spørsmål om strukturell justering etter § 13-1 (1) ved uttaksbeskatning etter skatteloven § 5-2. I Rt. 2003 s. 536 *Storhaugen Invest* var således et av spørsmålene om verdsettelsesregelen ved uttaksbeskatning kan suppleres med § 13-1. Hvorfor Høyesterett foretok en strukturell justering i avgjørelsen vil bli redegjort for nedenfor i kapittel 4.5. Det interessante ved en slik anvendelse er at Retningslinjene benyttes utenfor sitt direkte anvendelsesområde som er internasjonale foretakstransaksjoner. Dette blir særlig fremtredende ved innenlandske transaksjoner mellom fysiske personer; her mangler både foretakspartene og det grenseoverskridende element. Jeg vil analysere problemstillingen om Retningslinjenes rettskildestatus ved å drøfte deres relevans og vekt med utgangspunkt i § 13-1 (4) annet punktum.

4.4.2 *Relevans*

Det følger av § 13-1 (4) annet punktum at Retningslinjene ”bør”, så langt de passer, tas tilsvarende hensyn til i andre tilfeller enn internasjonale foretakstransaksjoner underlagt armlendebestemmelse i skatteavtale. Ordlyden ”bør” indikerer etter sin ordlyd at Retningslinjene er relevante. En rettskildefaktor ansees relevant selv om den ikke er påbudt.²⁶¹ Imidlertid kan det reises spørsmål om hvor vidt formuleringen ”andre tilfeller” favner. Det har vært hevdet i juridisk teori at uttrykket må tolkes innskrenkende slik at aksjonærtransaksjoner og persontransaksjoner faller utenfor.²⁶² Den bærende argumentasjon synes å være at siden Retningslinjene direkte gjelder foretakstransaksjoner, passer de dårlig for aksjonær - og persontransaksjoner.

²⁶⁰ Det er disse situasjonene som er markert med kulørt i tabellen under punkt 4.2

²⁶¹ Mads Henry Andenæs, Rettskildelære 2. utg. 2009 s. 8.

²⁶² Kvamme s. 36

Ved drøftelsen av hva uttrykksmåten ”andre tilfelle” omfatter, må det tas utgangspunkt i at ordlyden er helt generell. Aksjonærtransaksjoner og persontransaksjoner faller således innenfor den vide formulering. Forarbeidene presiserer heller ikke at bestemte typer transaksjoner faller utenfor. Dersom lovkonsipistenes formål hadde vært at ordlyden skulle tolkes innskrenkende, hadde det vært naturlig å gi uttrykk for dette i forarbeidene.²⁶³

Videre er det i Rt. 2001 s. 1265 (Agip) *generelt* gitt uttrykk for at Retningslinjene representerer ”et mer presist uttrykk” for innholdet i § 13-1.²⁶⁴ Det ble ikke tatt noe forbehold for aksjonær- og persontransaksjoner. Riktignok kan det innvendes at avgjørelsen gjaldt en internasjonal foretakstransaksjon og at Høyesterett således ikke hadde foranledning til å ta opp spørsmålet i relasjon til andre typer transaksjoner, men dette argumentet svekkes av at saken omhandlet en foretakstransaksjon som ikke var omfattet av skatteavtale. Når saken således omhandlet et faktum som lå utenfor Retningslinjenes kjerneområde, internasjonale foretakstransaksjoner *regulert i skatteavtale*, ville det vært naturlig om Høyesterett presiserte hvor grensen gikk dersom rettens syn var at aksjonær- og persontransaksjoner ikke var omfattet.

Rettsoppfatninger i forvaltningen indikerer også at Retningslinjene er relevante ved aksjonær- og persontransaksjoner. Finansdepartementet har således lagt til grunn at ”[d]et er ikke tvilsomt at OECD-retningslinjene er relevant ved praktiseringen av armlengdeprinsippet også etter intern norsk rett”.²⁶⁵ Uttalelsen er ikke begrenset til foretakstransaksjoner.

Også hensynet til et enhetlig armlengdeprinsipp tilsier at Retningslinjene gis anvendelse på samtlige typer transaksjoner. Armlengdeprinsippet § 13-1 første og tredje ledd må konkretiseres gjennom metoder og analyseverktøy. Det er denne funksjon Retningslinjene fyller.²⁶⁶ Det ville være uheldig om armlengdeprinsippet ikke ble enhetlig praktisert som følge av at Retningslinjene kun var relevant for visse transaksjoner.

Det må etter dette konkluderes med at Retningslinjene er en relevant rettskildefaktor for samtlige typer transaksjoner; internasjonale foretakstransaksjoner underlagt skatteavtale, internasjonale foretakstransaksjoner uten skatteavtalerettslig regulering og interne transaksjoner i form av foretakstransaksjoner, aksjonærtransaksjoner og persontransaksjoner. Spørsmålet er imidlertid hvilken betydning denne relevansen har for praktiseringen av vilkårene for struktu-

²⁶³ Kvamme s. 36 trekker den diametralt motsatte konklusjon. Etter hans synspunkt ville det vært ”naturlig” at forarbeidene uttrykkelig ga annet punktum anvendelse på aksjonær- og persontransaksjoner dersom dette var formålet. Dette fordi Retningslinjene direkte gjelder foretakstransaksjoner. Jeg er enig i at spørsmålet burde vært klarlagt i forarbeidene, men legger avgjørende vekt på ordlydens vide formulering, jf. ”andre tilfelle”.

²⁶⁴ Rt. 2001 s. 1265 *Agip* på side 1278

²⁶⁵ Høringsnotat punkt 3.1 s. 9

²⁶⁶ Bullen og Arnfinnsen s. 134

rell justering i Retningslinjene. Hva innebærer det at vilkårene er relevante? Må eksempelvis RTA-standarden under det kommersielle irrasjonalitetsunntaket være oppfylt ved aksjonærtransaksjoner?

Etter mitt skjønn må spørsmålet analyseres ut fra perspektivet om rettskildevikt. Selv om Norge har innført bindinger til OECDs Retningslinjer i vår nasjonale lovgivning, må vilkårene for strukturell justering fastlegges i henhold til gjeldende rettskildenormer. Vekten av Retningslinjene må således avveies mot andre relevante rettskildefaktorer. For vilkårene for strukturelle justeringer innebærer dette at vekten av Retningslinjene må avveies mot § 13-1 (1) som etter sin ordlyd oppstiller tre uttømmende vilkår for strukturell justering. Det er derfor ikke gitt at Retningslinjenes kapittel IX del IV om strukturelle justeringer i et hvert henseende er tilstrekkelig vektige til å oppstille tilleggsvilkår til § 13-1 (1). Drøftingen vil derfor i det følgende bygge på den hypotese at Retningslinjene i noen tilfeller kan tillegges avgjørende vekt, mens andre rettskildefaktorer i andre tilfeller kan veie tyngre, selv om Retningslinjene i alle tilfeller er relevante.²⁶⁷

4.4.3 Vekt

Det svekker Retningslinjenes vekt at Høyesterett i saker om aksjonærtransaksjoner, se nedenfor om *Rt. 2003 s. 536 Storhaugen Invest*, ikke har drøftet Retningslinjenes vilkår for strukturell justering til tross for at retten de facto har foretatt en slik restrukturering. Bullen og Arnfinsen har imidlertid innvendt at Retningslinjene ikke var påberopt av partene og at Høyesterett derfor ikke hadde noen ”direkte oppfordring til å ta stilling til retningslinjenes relevans eller vekt.”²⁶⁸ Dette argumentet må, etter mitt skjønn, tillegges mindre vekt. Det følger av tvisteloven § 11-3 første punktum at retten av eget tiltak skal anvende rettsreglene; ”jura novit curia”, ”domstolen kjenner rettssetningene”.²⁶⁹ Høyesterett hadde derfor rett og plikt til å trekke Retningslinjenes utfylling av armlengdeprinsippet inn ved tolkningen av § 13-1 dersom den fant at Retningslinjene hadde relevans og vekt.

I tillegg kommer at skattyter i *Rt. 2003 s. 536 Storhaugen Invest* gjentatte ganger hevdet at beskatningen måtte baseres på de transaksjoner som faktisk var foretatt, selv om Retningslinjene ikke eksplisitt ble påberopt.²⁷⁰ Høyesterett hadde derfor foranledning til å drøfte om som-strukturert prinsippet og unntakene fra dette, jf. Retningslinjene punkt 1.64 og 1.65, kom til anvendelse.

²⁶⁷ Slik også Bullen og Arnfinsen s. 124

²⁶⁸ Bullen og Arnfinsen s. 131

²⁶⁹ Robberstad, Sivilprosess 2009 s. 278

²⁷⁰ *Rt. 2003 s. 536 Storhaugen Invest* avsnitt 16, 19 og 21.

4.5 ”Selskapsfremmede disposisjoner” i Høyesterettspraksis – Konstruert ratio decidendi?²⁷¹

4.5.1 Innledning

De disposisjoner som i det følgende skal vurderes i lys av vilkårene for strukturell justering er transaksjoner som i retts- og ligningspraksis har blitt omtalt som ”selskapsfremmede” *aksjonærtransaksjoner*. Disse disposisjonene kjennetegnes ved at en personlig aksjonær vederlagsfritt nyter godt av formuesgoder som disponeres av selskapet. Den ”selskapsfremmede” disposisjon faller utenfor selskapets investeringsmandat slik det eksempelvis følger av vedtektene og påfører selskapet en negativ løpende avkastning på investeringen.

Negativ løpende avkastning er en følge av at selskapets kostnader ved investeringen (lånefinansiering, løpende driftskostnader og avkastning på alternativinvestering) overstiger markedsmessig leie. Det kan således sies at investeringskostnadene ”sprenger rammene” for hva det er mulig å oppnå markedsmessig kostnadsinndekning for. Det eksisterer simpelthen ikke et marked som er villig til å betale en pris som kan gi selskapet dekning for kostnader og rimelig avkastning på egenkapital. Negativ løpende avkastning vil typisk oppstå ved investering i svært dyre formuesgoder som luksuriøs bolig- eller fritidseiendom, bil og båt. Dersom markedisleie hadde gitt kostnadsinndekning, kunne ligningsmyndighetene begrenset seg til en ren prisjustering der aksjonæren ble utbyttebeskattet og selskapet uttaksbeskattet i samsvar med markedsverdi (markedisleie).

Ligningspraksis og Høyesterett har imidlertid ved ”selskapsfremmede” disposisjoner trukket selve investeringen i formuesgodet inn i vurderingen av prisingsspørsmålet. Strukturell justering og prisjustering er tett sammenknyttet, da det er umulig å fastsette armlengdepris etter § 13-1 (3) uten å ha en transaksjon som ligger i bunn.²⁷² Som tidligere nevnt, vil derfor en prissetting måtte baseres på en eventuelt forutgående restrukturert transaksjon. Vilårene for restrukturering er imidlertid mer restriktive enn for ren prisjustering. Det kan derfor være uhel-

²⁷¹ Anført ratio decidendi, konstruert ratio decidendi og likhetsbetraktninger har vært måter å avgrense prejudikatsvirkningen på i tradisjonell rettskildelære, jf. Eckhoff og Helgesen, *Rettskildelære* 2001 s. 165. Konstruert ratio decidendi innebærer at rettsanvenderen legger avgjørende vekt på hvordan dommen *burde* ha vært begrunnet i motsetning til hvordan avgjørelsen *er* begrunnet (anført ratio decidendi). I Rt. 2003 s. 536 drøftes ikke vilkårene for strukturell justering eksplisitt. Dommens prejudikatsvirkning (vekt) vil derfor bero på i hvilken grad vilkårene for strukturell justering kan konstrueres. Det må generelt antas at konstruert ratio decidendi gjennomgående har mindre vekt enn den del av domsbegrunnelsen som eksplisitt begrunner domsresultatet.

²⁷² Bullen, ”Selskapsfremmede” disposisjoner a la Storhaugen Invest:” s. 224

dig at Høyesterett i sin praksis foretar en sammenblanding av restruktureringsspørsmålet og prisingsspørsmålet, jf. Rt. 2003 s. 536 *Storhaugen Invest* som ble behandlet som en ren prissettingssak av Høyesterett. Vilåårene for strukturell justering, slik de er oppstilt i OECDs Retningslinjer, ble ikke drøftet eksplisitt. Jeg vil i det følgende analysere nærmere den strukturelle justering som de facto ble foretatt i *Storhaugen Invest* dommen.

4.5.2 *Storhaugen Invest* (Rt. 2003 s. 536) – Sakens faktum

Dommen omhandler ligningen av et aksjeselskap som hadde latt eneaksjonær, som også var daglig leder og styreleder, og hans familie vederlagsfritt disponere en verdifull eiendom som tilhørte selskapet. *Storhaugen Invest AS* ("selskapet") hadde som formål å investere i oljeindustrien. De faktiske transaksjoner som selskapet gjorde med relevans for drøftingen av strukturelle justeringer var:

1. Kjøpet av eiendommen for kr. 3.200.000 i 1993. Selskapets finansiering av kjøpesummen besto av kr. 800.000 i egenkapital og kr. 2.400.000 i lånefinansiering. Senere ble eiendommen pusset opp for kr. 379.000. Total kostpris for selskapet ble derfor kr. 3.579.000.
2. Vederlagsfritt utlån av boligen til familien Iversen, eneaksjonær, i inntektsårene 1993-1994. Det ble lagt til grunn at eneaksjonær disponerte 75 % av eiendommen for private formål, mens resterende 25 % ble disponert av selskapet som kontorlokaler. I forbindelse med rettssaken ble det lagt til grunn at markedsleie ville ha vært kr. 15.000 per måned.
3. Salget av eiendommen i 1999 for kr. 5.800.000 med en kapitalgevinst på kr. 2.221.000 som resultat.²⁷³

4.5.3 *Problemstillinger*

Høyesterett måtte på dette grunnlag ta stilling til følgende problemstillinger i *Storhaugen Invest* dommen:

1. Om uttaksbestemmelsen i skatteloven § 5-2 ga hjemmel for beskatning av selskapet for eneaksjonærens vederlagsfrie bruk. Spørsmålet ble av Høyesterett besvart bekrefteende, da førstvoterende fant at aksjeutbyttet i form av vederlagsfri bruk var omfattet av "til egen bruk" og "gaveoverføring". Retten konkluderte videre med uttrykket "tje-

²⁷³ Rt. 2003 s. 536 *Storhaugen Invest* avsnitt (1)-(4)

neste” i § 5-2 også omfatter tingstjenester, her i form av bruk av eiendom.²⁷⁴ Høyesteretts anvendelse av uttaksbestemmelsen vil ikke bli nærmere analysert her.

2. Der nest hvorvidt verdsettelsesregelen i uttaksbestemmelsen § 5-2 kan suppleres med bestemmelsen om interessefellesskap i § 13-1.²⁷⁵ Skatteloven § 5-2, 1. ledd, 4. punktum gir anvisning på at omsetningsverdi utgjør grunnlaget for uttaksbeskatning. I henhold til denne bestemmelsen ville derfor markedsverdien ved utleie (kr. 15.000 pr måned) utgjøre et øvre tak ved uttaksbeskatning av selskapet. En slik markedsleie ville ikke gitt ”dekning for utleiers omkostninger og en rimelig forrentning av den innskutte kapital”.²⁷⁶ Høyesterett la derfor til grunn at ”bestemmelsen i sktl [§ 13-1] - dersom de vilkår den oppstiller er oppfylt - vil kunne benyttes som grunnlag for å fastsette en høyere verdi enn markedsprisen.”²⁷⁷

Verdsettelsesregelen i § 13-1 (3) gir også i utgangspunktet anvisning på markedsverdi, jf. ”fastsettes som om interessefellesskap ikke hadde foreligget.” Høyesterett formulerte imidlertid sakens problemstilling som et spørsmål om ”en leie til markedspris i dette tilfellet måtte ansees å innebære en inntektsreduksjon for selskapet.”²⁷⁸ Denne spørsmålsstillingen ga foranledningen til den strukturelle justering.

4.5.4 *Hva besto den strukturelle justering i?*

Etter å ha konkludert med at § 13-1 kan supplere § 5-2 med hensyn til verdsettelse, måtte Høyesterett ta stilling til hvilken verdi § 13-1 gir anvisning på. På bakgrunn av partenes anførsler, kunne førstvoterende innta to standpunkter. Retten kunne valgt å knytte verdsettelsen til eneaksjonærens bruk av eiendommen, uten at selskapets kjøp ble trukket inn. Oppregulering til markedsverdi ville da ha vært et øvre tak. Markedsverdien er den leie en uavhengig part ville ha betalt for bruk av eiendommen. Dersom Høyesterett hadde nøydt seg med å forhøye selskapets inntekt til armlengdes, markedsmessig, husleie, hadde saken vært kurant. Det hadde da ikke vært nødvendig å supplere § 5-2 med § 13-1. Skatteloven § 5-2, 1. ledd, fjerde punktum hjemler selv en oppregulering til ”omsetningsverdi”.

²⁷⁴ Rt. 2003 s. 536 *Storhaugen Invest* avsnitt 41-47. Tingstjenester dreier seg om ren bruk av formuesgjenstander. Hjemmel for beskatning av den som overlates bruken finnes i skatteloven § 5-20 (3).

²⁷⁵ *Storhaugen Invest* ble mer presist avgjort på grunnlag av forløperen til skatteloven § 13-1 som var skatteloven av 1911 § 54 første ledd. Ordlyden i dagens § 13-1 er imidlertid en kopi av forgiengeren og det fremgår av forarbeidene at § 13-1 var ment som en ”videreføring”, jf. Ot.prp.nr 86 (1997-1998) s. 75. Jeg drøfter derfor i det følgende, for enkelthets skyld, med referanse til § 13-1.

²⁷⁶ Rt. 2003 s. 536 *Storhaugen Invest* avsnitt 48.

²⁷⁷ l.c.

²⁷⁸ Ibid. avsnitt 51

Høyesterett valgte imidlertid å se det forutgående kjøpet av eiendommen i sammenheng med utleien til eneaksjonær Iversen. Rettens vurdering var at det måtte sammenlignes med en hypotetisk situasjon der selskapet ikke hadde anskaffet eiendommen. Førstvoterende uttalte at Storhaugen Invest, selskapet, ikke ville "...ha ervervet eiendommen med sikte på utleie med mindre det hadde vært i Iversens interesse å ha en slik boligeiendom til disposisjon."²⁷⁹ Kjøpet av eiendommen måtte derfor "...ansees som en selskapsfremmed disposisjon som var begrunnet i Iversens interesser."²⁸⁰

Karakteren av "selskapsfremmed" disposisjon sammenholdt med at markedsmessige leieinntekter ikke ville dekke selskapets årlige løpende kostnader knyttet til eiendommen, synes å ha vært avgjørende for Høyesterett. Retten fant derfor, med hjemmel i § 13-1, grunnlag for å øke Storhaugen Invests inntekt til det beløp som var nødvendig for å dekke selskapets drifts- og finansieringskostnader, samt oppnå en rimelig avkastning på innskutt egenkapital. Ved å gjøre dette så Høyesterett bort fra de faktiske foretatte transaksjoner og bygde i stedet beregningen av inntektstapet på en alternativ hypotetisk investering.

Karakteren av strukturell justering kommer særlig til syne ved at Høyesterett stipulerte en alternativ egenkapitalavkastning. Riksskattenemda fastsatte, med Høyesteretts godkjennelse, en stipulert rente ved alternativ plassering av egenkapitalbeløpet i utlånsmarkedet på 6,5 % av 75 % på egenkapitalfinansieringen av eiendomskjøpet. Argumentasjonen besto i at Storhaugen Invest "minst" kunne oppnådd en rente tilsvarende 6,5 % ved utlån til arbeidstakere.²⁸¹ Eiendomsinvesteringen ble således erstattet med en hypotetisk alternativinvestering i form av kapitalplassering på utlånsmarkedet.

At justeringen besto i noe mer enn ren prisjustering synes også lagt til grunn av Høyesterett selv. Førstvoterende uttalte således at Riksskattenemdas inntektsjustering medførte at selskapet ble tilordnet en leieinntekt som i betydelig grad oversteg markedisleie.²⁸² Det ligger da implisitt at ingen uavhengig leietaker ville vært interessert i å betale en så høy leie. Dommens resultat kan derfor vanskelig begrunnes med en regulær prisjustering etter § 13-1 (3). Den konstruerte ratio decidendi er i stedet at selskapet ble beskattet som om det hadde foretatt en

²⁷⁹ Rt. 2003 s. 536 *Storhaugen Invest* avsnitt 53

²⁸⁰ Ibid. avsnitt 54

²⁸¹ Bullen, "Selskapsfremmede" disposisjoner a la *Storhaugen Invest*:" s. 228, med henvisning til dommens avsnitt 7.

²⁸² Rt. 2003 s. 536 *Storhaugen Invest* avsnitt 49

alternativ kapitalplassering på utlånsmarkedet. At dette utgjorde en strukturell justering synes anerkjent i senere rettspraksis og juridisk teori.²⁸³

Å se bort fra transaksjonen slik den faktisk har funnet sted og bygge prissettingen på den re-strukturerte transaksjonen omfattes av Retningslinjene punkt 1.64 og 1.65. Det kan derfor vurderes om vilkårene for strukturell justering etter Retningslinjene var oppfylt i Storhaugen Invest.

4.5.5 Anvendelse av Retningslinjene punkt 1.64 – 1.69 på ”selskapsfremmede” disposisjoner representert ved Storhaugen Invest

Jeg vil i det følgende drøfte om vilkårene for strukturell justering etter OECDs Retningslinjer var oppfylt i Storhaugen Invest dommen. Analysen vil ta utgangspunkt i ”selskapsfremmede” nasjonale transaksjoner. Slike disposisjoner omfattes av § 13-1 (4) *annet punktum*. Det er imidlertid sannsynlig at ”selskapsfremmede” disposisjoner også foretas mellom foretak. Analysen av vilkårene for strukturell justering vil derfor kunne ha relevans utover nasjonale aksjonærtransaksjoner.

Det er tidligere konkludert med at Retningslinjene er relevante ved transaksjoner omfattet av § 13-1 (4) *annet punktum*. Likevel slik at Retningslinjene ikke har så stor vekt at de er tilnærmet bindende, men til enhver tid må avveies mot andre rettskilder. RTA-standard og prishindringsvilkåret under det kommersielle irrasjonalitetsunntaket oppstiller nokså presise delvilkår for strukturell justering. Spørsmålet blir i denne sammenheng hva det metodisk vil si at et vilkår i Retningslinjene har nokså stor vekt. Den umiddelbare juridiske forståelse av begrepet ”vilkår” er at en rettsfølge ikke kan inntre uten at visse betingelser er oppfylt. Begrepet ”vilkår” er i den forstand absolutt, mens vektbegrepet er relativt. Det er imidlertid ikke uvanlig at vilkår kan måtte tolkes innskrenkende i møte med andre rettskildefaktorer etter gjeldende juridisk metode. Konkret i relasjon til strukturelle justeringer, kan eksempelvis prishindringsvilkåret måtte tolkes innskrenkende. Prishindringsvilkåret har ingen ordlydsforankring i § 13-1 (1), og vekten av Retningslinjene må derfor avveies mot vekten av ordlyden i § 13-1 (1). Utfallet vil naturligvis bero på en konkret vurdering.

²⁸³ Bullen, ”Selskapsfremmede” disposisjoner a la Storhaugen Invest:” s. 230 hvor det vises til at ”inntektsjustering utover markedsleie er blitt betegnet som ’gjennomskjæring’” i senere rettspraksis. Dette er etter mitt skjønn en uheldig uttrykksmåte ettersom omgåelsesnormen og strukturell justering som tidligere nevnt må holdes adskilt.

4.5.5.1 Retningslinjenes vurderingsmodell anvendt på Storhaugen Invest – metoden

As structured-prinsippet og unntakene fra dette utgangspunktet er grundig behandlet i del 3. Som der omtalt, kan det oppstilles to alternative grunnlag for strukturell justering etter Retningslinjene.²⁸⁴ Jeg vil her vurdere om disse unntakene kan tenkes anvendt på faktum i Storhaugen Invest.

Det første alternative vilkår for strukturell justering, økonomisk substansunntaket, kommer til anvendelse ”der den økonomiske substansen i en transaksjon avviker fra dennes form”.²⁸⁵ Dette var ikke tilfellet i Storhaugen Invest. Spørsmålet blir derfor om faktum i saken kan henføres under det kommersielle irrasjonalitetsunntaket. Dette unntaket kommer til anvendelse der:

Den kontrollerte transaksjons ordninger ”avviker fra de som ville vært opprettet av uavhengige foretak som opptrer på en kommersielt rasjonell måte.” Denne vurderingen kan igjen splittes i to undervilkår etter RTA-standarden. RTA-standarden er etter Retningslinjene direkte relevant for spørsmålet om sammenlignbarhet, men kan også gis analogisk anvendelse på spørsmålet om kommersiell irrasjonalitet.²⁸⁶ Standarden innebærer at vurderingen av kommersiell irrasjonalitet beror på om skattyter;

- a) Hadde realistisk tilgjengelige alternativer på tidspunktet for investeringsbeslutningen.
- b) Det realistisk tilgjengelige alternativ fremsto som ”klart mer attraktivt” på tidspunktet for investeringsbeslutningen.²⁸⁷

Anvendt på faktum i *Storhaugen Invest* blir derfor det rettslige spørsmål om selskapet hadde andre realistisk tilgjengelige alternativer til eiendomsinvesteringen, og om disse alternativene fremsto som ”klart mer attraktive” enn den foretatte eiendomsinvestering. Begge vurderingstemaer må bygge på hvordan investeringsalternativene fortonte seg på tidspunktet for investeringsbeslutningen. Etterpåklokskap relatert til endrede rentesatser, materialisering av risiko og verdistigning/reduksjon er ikke relevant ved vurderingen.²⁸⁸

²⁸⁴ Retningslinjene punkt 1.65; ... ”to bestemte situasjoner hvor det unntaksvis...”.

²⁸⁵ Retningslinjene punkt 1.65

²⁸⁶ En slik anvendelse synes hjemlet i Retningslinjene punkt 1.34. Se ellers tidligere kritiske bemerkninger om å legge RTA-standarden til grunn også hva gjelder ”klart mer attraktivt.”

²⁸⁷ Retningslinjene punkt 1.34

²⁸⁸ Bullen, ”Selskapsfremmede disposisjoner a la Storhaugen Invest:” s. 237.

Utleie av eiendommen på det åpne marked til en pris som dekket kostnadene selskapet hadde på eiendommen og samtidig ga en rimelig avkastning på egenkapitalen synes urealistisk, da en slik leiepris, langt over markedsleie, ikke ville blitt godtatt av en uavhengig leietaker. En leietaker har, som påpekt av Bullen, heller ingen eierinteresse i objektet.²⁸⁹ En uavhengig leietaker ville derfor ikke profitte på en eventuell verdistigning på eiendommen. Den realistisk tilgjengelige alternativtransaksjon for Storhaugen Invest synes etter dette å ha vært kapitalplassering av egenkapitalen på utlånsmarkedet. Spørsmålet blir derfor i det følgende om kapitalplasseringsalternativet var ”klart mer attraktivt” enn eiendomsinvesteringen.

4.5.5.2 Kapitalplassering – et ”klart mer attraktivt” alternativ?

4.5.5.2.1 Problemstilling

Et bærende argument i Høyesteretts domsgrunner er at eiendomsinvesteringen ga negativ løpende avkastning, ”et inntektskutt”,²⁹⁰ da markedsmessig utleievederlag ikke var tilstrekkelig til å dekke kostnader og en rimelig avkastning på egenkapitalen. Attraktiviteten ved eiendomsinvesteringen var derfor på et lavt nivå når løpende avkastning vurderes isolert. Det måtte derfor, isolert sett, fremstå ”klart mer attraktivt” for Storhaugen Invest å investere egenkapitalen på utlånsmarkedet, da en slik investering var beregnet å gi 6,5 % årlig renteavkastning. Spørsmålet er imidlertid, som påpekt av Bullen, om negativ løpende avkastning er ensbetydende med kommersiell irrasjonalitet.²⁹¹ En investering kan være lønnsom, og således kommersiell rasjonell, på lang sikt, selv om den på kort sikt gir negativ løpende avkastning. Eiendomsinvesteringer er i så måte et godt eksempel.

Spørsmålet ble aktualisert i Storhaugen Invest ved at selskapet senere solgte eiendommen med betydelig kapitalgevinst. Denne verdistigning kunne ikke med sikkerhet forutsies av selskapet på investeringstidspunktet. Imidlertid var det klart at eiendommen hadde et verdistigningspotensial. Fast eiendom har, over tid, gitt god historisk avkastning i Norge.²⁹² Det må legges til grunn at enhver kommersielt rasjonell investor tar fremtidig verdistigningspotensial i betraktning. Verdsettelsen av kortsiktig inntjening versus langsiktig gevinst kan imidlertid variere mellom investorer blant annet beroende på risikovillighet (penger i dag ansees som regel tryggere enn penger i morgen).²⁹³

²⁸⁹ Bullen, ”Selskapsfremmede disposisjoner a la Storhaugen Invest.” s. 236

²⁹⁰ Rt. 2003 s. 536 *Storhaugen Invest* s. 51. Se også avsnitt 7 og 49

²⁹¹ Bullen, ”Selskapsfremmede disposisjoner a la Storhaugen Invest.” s. 238

²⁹² Ibid. s. 241

²⁹³ I tillegg kommer naturligvis at nåverdien av penger i dag er høyere enn den samme nominelle verdi i morgen, jf. alment kjente grunnsetninger i økonomisk teori.

Etter armlengdeprinsippet, og mer presist RTA-standardens vurdering av kommersiell rasjonalitet, er det relevant å ta i betraktning samtlige økonomiske konsekvenser, herunder verdistigning, som kan tenkes å påvirke skattyters økonomiske stilling. Å se bort fra verdistigningspotensialet innebærer som uttrykt av Bullen at "...vurderingen løsrives fra den økonomiske og kommersielle virkeligheten en uavhengig investor ville stå ovenfor...".²⁹⁴ En slik løsrivning står åpenbart i strid med armlengdeprinsippet i § 13-1.

4.5.5.2.2 *Er vedtektsmessige transaksjoner et kriterium for kommersiell rasjonalitet?*

Storhaugen Invest hadde til formål "å investere og engasjere seg i oljeindustrien".²⁹⁵ Spørsmålet er om dette vedtektsbestemte formål har relevans for vektleggingen av eiendommens verdistigningspotensial etter RTA-standard. Med det vedtektsbestemte formål menes her den angivelse av "selskapets virksomhet" som følger av asl. § 2-2 første ledd. Høyesterett la nemlig til grunn at eiendomsinvesteringens "selskapsfremmede" karakter hadde vekt ved avgjørelsen av om det forelå årsakssammenheng mellom interessefellesskapet og inntektsreduksjonen.²⁹⁶ Førstvoterende synes således å etablere et skille der verdistigningspotensialet kun skal tas i betraktning der investeringen ligger innenfor det vedtektsbestemte formål, men ikke hvis investeringen ligger på utsiden av formålet og således er "selskapsfremmed" i dommens forstand. Spørsmålet kan også formuleres slik: Leder "selskapsfremmed" overskridelse av det vedtektsbestemte formål til kommersiell irrasjonalitet etter Retningslinjene?

Ved besvarelsen av dette, kan det tas utgangspunkt i Retningslinjenes punkt 1.65, der vurderingstemaet er om investeringen avviker fra de investeringer som ville blitt foretatt av "uavhengige foretak som opptrer på en kommersielt rasjonell måte".²⁹⁷ "Selskapsfremmedhet", i form av uoverensstemmelse med det vedtektsbestemte formål, oppstilles ikke som noe kriterium. Tvert om retter ordlyden oppmerksomheten mot økonomisk/kommersiell rasjonalitet som sådan. Som påpekt i juridisk teori, vil kommersiell rasjonalitet, i form av en investeringsprofitabilitet, ikke nødvendigvis påvirkes av om investeringen ligger innenfor eller utenfor det vedtektsbestemte formål.²⁹⁸ Riktignok kan selskapet være bedre egnet, ved sin kunnskap og erfaring, til å investere innenfor selskapets kjerneområder. Imidlertid kan det ikke utelukkes at en "selskapsfremmed" investering kan fremstå som den mest profitable. Dette er i overensstemmelse med formuleringen i § 13-1 (1), jf. "inntekt er redusert på grunn av direkte eller

²⁹⁴ Bullen, "Selskapsfremmede disposisjoner a la Storhaugen Invest." s. 240.

²⁹⁵ Rt. 2003 s. 536 *Storhaugen Invest* avsnitt 2.

²⁹⁶ Ibid. avsnitt 48

²⁹⁷ Retningslinjene punkt 1.65

²⁹⁸ Bullen, "Selskapsfremmede disposisjoner a la Storhaugen Invest." s. 258.

indirekte interessefellesskap.” Etter forarbeidene er vilkåret om inntektsreduksjon oppfylt når en transaksjon ”er *økonomisk dårligere* for skattyter enn den ville ha vært i et uavhengig forhold.”(min kursivering)²⁹⁹ Vurderingstemaet er derfor økonomisk ufordelaktige transaksjoner uten at selskapsformålet utpekes som avgjørende. Det må derfor konkluderes med at en ”selskapsfremmed” investering ikke er ensbetydende med ”kommersiell irrasjonalitet” etter Retningslinjene.

4.5.6 *En alternativ forståelse av Storhaugen Invest – ikke krav om ”klart mer attraktivt”?*

Når Høyesterett fant at eiendommens verdistigningspotensiale ikke kunne vektlegges etter § 13-1, må dette med nødvendighet innebære at førstvoterende så bort fra RTA-standardens brede helhetsvurdering av kommersiell rasjonalitet. Dersom verdistigningspotensialet hadde blitt tillagt vekt, kan neppe den alternative kapitalplasseringen sies å kvalifisere som ”klart mer attraktiv” enn eiendomsinvesteringen etter RTA-standarden. Høyesteretts vurderingsmodell var, etter mitt skjønn, en konsekvens av at retten betraktet saken som en ren prisingssak. I likhet med Bullen stiller jeg spørsmålstegn ved om Høyesteretts argumentasjon, som innebar at eiendomsinvesteringens kommersielle rasjonalitet ikke ble vurdert separat, er et uttrykk for adekvat rettskildebruk.³⁰⁰

I motsetning til Bullen, vil jeg imidlertid reise problemstillingen om Storhaugen Invest kan tas til inntekt for en rettstilstand hvor det ikke stilles krav om at den alternative transaksjon er ”klart mer attraktiv”. Spørsmålet er altså om det er tilstrekkelig at alternativtransaksjonen er ”mer attraktiv” uten at det oppstilles noe klarhetskrav.

I Storhaugen Invest uttalte Høyesterett at saken omhandlet:

”(…) et tilfelle hvor selskapets erverv av en meget kostbar eiendom – etter ligningsmyndighetenes vurdering – ikke har skjedd ut fra vanlige bedriftsøkonomiske kalkyler.”³⁰¹

Slike bedriftsøkonomiske kalkyler er utvilsomt tungtveiende ved avgjørelsen av kommersiell rasjonalitet etter Retningslinjene punkt 1.65. Bullen har imidlertid beregnet nåverdien av eiendomsinvesteringen og kapitalplasseringsalternativet på investeringstidspunktet til henholdsvis kr. 743.179 og kr. 290.284.³⁰² Den neddiskonterte nåverdien av de to investeringsal-

²⁹⁹ Bullen, ”Selskapsfremmede disposisjoner a la Storhaugen Invest:” s. 259 med henvisning til Ot.prp. nr. 26 (1980 – 1981) s. 66 første spalte.

³⁰⁰ Bullen, ”Selskapsfremmede disposisjoner a la Storhaugen Invest:” s. 243.

³⁰¹ Rt. 2003 s. 536 *Storhaugen Invest* avsnitt 48

³⁰² Bullen, ”Selskapsfremmede disposisjoner a la Storhaugen Invest:” s. 268.

ternativene, etter Bullens beregninger, taler derfor for at det var mer kommersielt rasjonelt å investere i eiendommen enn en plassering på kapitalmarkedet. Den merinntjening som ble oppnådd ved eiendomsinvesteringen kontra kapitalplassering var således kr. 452.895. Etter Bullens syn viser kalkylen at det ikke er dekning for å hevde at kapitalplasseringsalternativet var ”klart mer attraktivt” enn eiendomsinvesteringen, men at det tvert imot er grunnlag for å hevde at den foretatte eiendomsinvestering var ”klart mer attraktivt” enn den alternative kapitalplassering. En strukturell justering i form av tilsidesettelse av den kontrollerte eiendomsinvestering var således ikke hjemlet i § 13-1, fortolket i lys av Retningslinjene punkt 1.36.

En mulig svakhet ved Bullens nåverdiberegninger er imidlertid at de ikke tar høyde for ulikheter i risikonivå ved valget mellom eiendomsinvestering og kapitalplassering. Eiendomsinvesteringens verdistigningspotensiale var usikkert, mens kapitalplassering ville gi en løpende og sikker renteinntekt. Eiendomsinvesteringen var således mer risikofylt enn kapitalplasseringsalternativet. En kommersielt rasjonell investor vil, ceteris paribus, forsøke å redusere risiko og kan, avhengig av grad av risikoaversjon, være villig til å nedjustere inntekt til fordel for lavere risikograd. Denne erkjennelse er grunnlaget for blant annet forsikringsmarkedets eksistens.

Riktignok kan det innvendes at høy risikograd i seg selv ikke er et uttrykk for kommersiell irrasjonalitet. I en kommentar til Retningslinjenes punkt 1.65 bemerkes det således at:

”Note that there is an important distinction to be made between, on the one hand, transactions that are commercially irrational and, on the other hand transactions that are commercially rational but high-risk. (...) The second circumstance [kommersiell irrasjonalitetsunntaket] is not intended to capture transactions that, from the point of view of arm’s length parties, are merely high risk.”³⁰³

Uttalelsen innebærer imidlertid kun at aksept av høy risiko ikke per se fører til kommersiell irrasjonalitet. Det gis ikke uttrykk for at risikograd er irrelevant ved vurderingen av kommersiell irrasjonalitet. Ved sammenligningen av kommersiell attraktivitet etter RTA-standarden må det derfor vektlegges hvilken risiko som hefter ved investeringsalternativene. En ren sammenligning av neddiskontert nåverdi av fremtidig inntjening, slik som foretatt av Bullen, vil derfor ikke være tilstrekkelig etter RTA-standarden.

Selv om eiendomsinvesteringen ikke kan tilsidesettes bare fordi den var mer risikofylt, må det derfor vurderes i hvilken grad risikoen reduserte den kommersielle attraktivitet. På investe-

³⁰³ Bullen, ”Selskapsfremmede disposisjoner a la Storhaugen Invest.” s. 264-265 med henvisninger.

ringstidspunktet var det klart for Storhaugen Invest at det ville påløpe rente-og driftskostnader som i størrelse overgikk leieinntekter og sparte leiekostnader.³⁰⁴ Uten en betraktelig kapitalgevinst var det derfor stor risiko for negativ avkastning. Dette i motsetning til kapitalplasseringen som med sikkerhet ville gitt løpende positiv renteavkastning.

Ved bedømmelsen av kommersiell attraktivitet blir spørsmålet hvilken pris Storhaugen Invest var villig til å betale for lavere risiko i form av lavere avkastning. Dette kan drøftes på bakgrunn av differansen mellom beregnet neddiskontert nåverdi av investeringsalternativene på investeringstidspunktet. Den meravkastning som, etter Bullens beregninger, ville gått tapt for Storhaugen Invest ved kapitalplassering i stedet for eiendomsinvestering, er kr. 452.895.³⁰⁵ Spørsmålet er om en kommersielt rasjonell investor frivillig ville gitt avkall på dette inntjeningspotensialet mot at risikoen for tap ble signifikant redusert.

Ved denne vurderingen kan det vektlegges at dersom eiendommen ikke hadde gitt gevinst ved salg, ville selskapets tap på eiendomsinvesteringen beløpet seg til løpende inntekter fratrukket løpende kostnader, en netto nåverdi på investeringstidspunktet minus kr. 191.954.³⁰⁶ Det kan naturligvis diskuteres hvor usikker en verdistigning på fast eiendom måtte fortone seg på investeringstidspunktet. Poenget i denne sammenheng var at et slikt potensiale uansett var beheftet med stor usikkerhet. I tillegg kommer at eiendommen også kunne sunket i verdi. Dette ville medført et tap som kom i tillegg til løpende negativ avkastning. Sammenholdes denne risikoen med selskapets formål, som var investering i oljeindustrien, kan det ha formodningen mot seg at selskap foretar risikofylte investeringer utenfor sitt kjennskapsområde, da kunnskap om markeder vanligvis bidrar til å redusere risiko.

Etter en helhetsvurdering av inntjeningspotensialet og risikograd legges det derfor til grunn at kapitalplasseringen fremsto som ”mer attraktiv” enn eiendomsinvesteringen. Jeg legger her avgjørende vekt på den risiko som knyttet seg til eiendommens verdistigningspotensiale.

Det er på den annen side vanskelig å se at kapitalplasseringsalternativet var ”klart mer attraktivt” enn eiendomsinvesteringen. Selv om kapitalplassering ga løpende og sikker avkastning, var potensialet for stor avkastning større ved eiendomsinvesteringen.

³⁰⁴ Bullen, ”Selskapsfremmede disposisjoner a la Storhaugen Invest:” s. 267. Bullen beregner netto nåverdi av løpende avkastning (løpende inntekter minus løpende kostnader) til minus kr. 191.954. Kapitalgevinsten på eiendommen måtte således overtige kr 191.954 for å bringe investeringen i pluss.

³⁰⁵ Beløpet utgjør differansen mellom beregnet nåverdi av investeringsalternativene på investeringstidspunktet (743.179- 290.284=452.895)

³⁰⁶ Bullen, ”Selskapsfremmede disposisjoner a la Storhaugen Invest:” s. 267.

Storhaugen Invest kan etter dette sees på som en avgjørelse hvor Høyesterett i realiteten foretok en strukturell justering etter en lavere terskel enn ”klart mer attraktivt”. Det synes å ha vært tilstrekkelig for justering etter førstvoterendes syn at kapitalplasseringen var ”noe mer attraktiv” enn eiendomsinvesteringen. En slik konstruert ratio decidendi vil imidlertid ha langt mindre vekt enn eksplisitte prejudikatsuttalelser om hvordan vilkårene for strukturell justering skal forstås. All den tid vilkårene for strukturell justering ikke ble drøftet eksplisitt i Storhaugen Invest, er det derfor grunn til å være varsom med å trekke usikre slutninger basert på hvordan Høyesteretts konklusjon kunne vært begrunnet. I tillegg kommer at en slik lavere terskel for strukturell justering vil stå i et tvilsomt forhold til Retningslinjenes eksepsjonaltetsstandard, jf. ”[i]n other than exceptional cases”.³⁰⁷

4.5.7 Oppsummering av Rt. 2003 s. 536 *Storhaugen Invest* – *Fornebo-standard* versus *RTA-standard*

Den strukturelle justering i Storhaugen Invest bestod i at den faktisk foretatte eiendomsinvestering ble tilsidesatt og erstattet med en hypotetisk alternativ kapitalplassering på utlånsmarkedet. Dette ga grunnlag for en oppjustering av selskapets inntekt til et nivå som lå høyere enn markedsmessig eller armlengdes husleie. Til tross for at denne oppjusteringen reelt sett innebar en strukturell justering, drøftet Høyesterett spørsmålet som et rent prisingsspørsmål. En slik sammenblanding av restruktureringsspørsmålet og prisingsspørsmålet er i uoverensstemmelse med Retningslinjenes metodikk ved strukturell justering – en metodikk som forutsetter separat drøftelse av vilkårene for strukturell justering. Det må således etter Retningslinjene først fastlegges hvilken transaksjon som skal ligge til grunn, dernest kan prisingsspørsmålet behandles.³⁰⁸

I stedet for å drøfte vilkårene for strukturell justering etter Retningslinjene punkt 1.65, herunder RTA-standard under det kommersielle rasjonalitetsunntaket, bygget Høyesteretts rettskildebruk på den såkalte ”Fornebo-standard” og formulerte derfor problemstillingen slik:

”Problemstillingen blir om interessefellesskapet har ’resultert i en ordning med hensyn til vedkommende bedrifts midler eller avkastning, som i og for seg ikke er forretningsmessig rimelig eller naturlig, men bare kan forklares ved interessefellesskapet og som har medført en forrykning av skattefundamentene’, jf. Rt-1940-598.”³⁰⁹

³⁰⁷ Retningslinjene punkt 1.64 (2)

³⁰⁸ Bullen, ”Selskapsfremmede disposisjoner a la Storhaugen Invest:” s. 267.

³⁰⁹ Rt. 2003 s. 536 *Storhaugen Invest* avsnitt 48 i.f.

Denne standarden indikerer at dersom transaksjonen bare kan forklares ved interessefelleskapet står den i fare for å bli restrukturert. Er det derimot hensynet til kommersiell attraktivitet som har begrunnet ordningen, vil den fremstå som rimelig og naturlig og må derfor anerkjennes. Til tross for at formuleringen ”rimelig og naturlig” ikke har noen plass under RTA-standardens, er spørsmålet også der sammenligning av forretningsmessig attraktivitet. Dette kan formuleres slik at dersom det finnes ”klart mer attraktive” alternativtransaksjoner, vil det ikke være ”forretningsmessig rimelig eller naturlig” å velge den faktisk foretatte transaksjon. Fornebo-standardens er derfor, etter mitt skjønn, langt på vei sammenfallende med RTA-standardens.

Ved henvisningen til ”alternativer som realistisk sett er åpne” og ”klart mer attraktivt”³¹⁰ oppstiller imidlertid RTA-standardens et mer presist vurderingstema enn Fornebo-standardens ”forretningsmessig rimelig og naturlig”. De lege ferenda kan det derfor være hensiktsmessig at Fornebo-standardens erstattes med RTA-standardens vurderingstema i Høyesterettspraksis. En slik operasjonalisering kan presisere noe av det subjektive skjønnstema i ”forretningsmessig rimelig og naturlig”.³¹¹

4.6 Øvrig rettspraksis om aksjonærtransaksjoner – Rt. 2014 s. 614 *Albir*

I 2014 kom en avgjørelse fra Høyesterett som i hovedtrekk synes å bekrefte rettstilstanden slik den tidligere er fastlagt i *Storhaugen Invest*. Dommen i Rt. 2014 s. 614 *Albir* omhandler et tilfelle hvor aksjeselskapet A hadde kjøpt en leilighet med normal standard i Albir, Spania, for EUR 200.000. Selskapet A var 100 % eiet av aksjeselskapet C (holdingselskapet) som igjen var 100 % eiet av eneaksjonær B. Leiligheten ble ikke leiet ut på markedet, men benyttet av eneaksjonær i fire uker pr år mot et årlig leievederlag på kr. 10.000. Det ble antatt at beregnede kapital- og driftskostnader vesentlig oversteg leieinntektene ved utleien til eneaksjonær.³¹²

³¹⁰ Retningslinjene punkt 1.34.

³¹¹ Bullen innvender mot Fornebo-standardens at ”forretningsmessig rimelig og naturlig” innebærer et ”forretningsskjønn” som ligningsmyndigheter eller domstoler nødvendigvis ikke er egnet til å vurdere, jf. Bullen, ”Selskapsfremmede disposisjoner a la *Storhaugen Invest*” s. 234. Til dette må det bemerkes at den sammenligning av attraktivitetsnivåer som skal foretas etter RTA-standardens, jf. ”klart mer attraktivt”, også i meget stor grad fordrer et ”forretningsskjønn” ved at kommersiell attraktivitet er vurderingstema. På dette punkt representerer RTA-standardens derfor neppe noen forbedring i forhold til Fornebo-standardens.

³¹² Rt. 2014 s. 614 avsnitt 2 og 23. I motsetning til faktum i *Storhaugen Invest*, besto imidlertid finansieringen kun av egenkapital. Selv om det ikke var tale om kostnader ved låneopptak i *Albir*, la førstvoterende vekt på at også ”binding av egenkapital [er] en kostnad”. (avsnitt 30)

Spørsmålet som stod for Høyesterett var om aksjeselskapet A kunne uttaksbeskattes for et høyere leievederlag enn kr. 10.000, jf. § 5-2, jf. § 13-1, og om eneaksjonær kunne utbyttebeskattes tilsvarende etter § 10-11.³¹³ Førstvoterende la til grunn at § 13-1 kan supplere § 5-2. Adgangen til uttaksbeskatning utover markedsverdi måtte derfor bero på om vilkårene i § 13-1 (1) var oppfylt.

Høyesterett kom til at vilkåret om ”inntektsreduksjon” i § 13-1 var oppfylt. Imidlertid tar ikke førstvoterende stilling til

”...om det er grunnlag for å opprettholde den mer generelle avvisning av muligheten for verdistigning som selvstendig moment i vurderingen av hva som er inntektsreduksjon.”³¹⁴

Dette uttales med henvisning til Rt. 2003 s. 536 *Storhaugen Invest* (avsnitt 52). Det kan derfor spørres om uttalelsen åpner for at verdistigningspotensiale allikevel kan være relevant ved vurderingen av om det foreligger ”inntektsreduksjon”, jf. § 13-1. Uttalelsen er imidlertid gitt som et obiter dictum og førstvoterende tar ikke endelig stilling. Den mest naturlige slutning er derfor at *Albir* verken bekrefter eller endrer rettssetningen i *Storhaugen Invest*.

Videre drøftet Høyesterett *verdistigningspotensialet som ledd i vurderingen av årsakskravet*, altså om inntektsreduksjonen skyldtes interessefellesskapet. Førstvoterende viste på dette punkt til *Storhaugen Invest* og formulerte den rettslige problemstilling som hvorvidt erverv sett i sammenheng med utleie kunne ansees som en ”normal forretningsmessig disposisjon”.³¹⁵ Høyesterett drøfter i forlengelsen av dette selskapets konkrete formål med leilighetskjøpet og legger større vekt på de *faktiske intensjoner* med kjøpet enn *registrerte selskapsformål*.³¹⁶ Førstvoterende vurderer, i motsetning til *Storhaugen Invest*, ikke om kjøpet av leiligheten var ”selskapsfremmed” basert på formelle vedtekter. Avgjørelsen i *Albir* kan således tas til inntekt for at skattyters konkrete intensjoner med ervervet skal være avgjørende snarere enn ”selskapsfremmedhet” i form av strid med formelle vedtekter.

³¹³ Høyesterett la til grunn at utleieforholdet alternativt kunne vært drøftet etter kriteriet ”omsetningsverdi”, jf. 5-2 (1) tredje punktum, jf. § 5-3. Førstvoterende påpeker at leiligheten stod til disposisjon for eneaksjonær hele året og at en oppjustering til ”helårs leieforhold etter markedsleie” således kunne gitt samme resultat (avsnitt 23). Etter en slik betraktningssmåte kunne saken vært løst som et ordinært prissettingsspørsmål etter § 5-2. At ordinær prisjustering ved oppjustering til markedspris muligens ville gitt samme resultat kan også forklare hvorfor Høyesterett gikk langt i å se bort fra leilighetens verdistigningspotensiale.

³¹⁴ Rt. 2014 s. 614 avsnitt 32

³¹⁵ Ibid. avsnitt 24-25

³¹⁶ Ibid. avsnitt 26

En sammenligning av *Albir* med *Storhaugen Invest* viser at Høyesterett i hovedsak følger den metode som ble oppstilt i *Storhaugen Invest*. Vilåårene for strukturell justering i Retningslinjenes punkt 1.65 underlegges derfor ikke separat drøfting. Dette til tross for at retten, ved å se kjøp og utleie i sammenheng, reelt sett sammenligner med et hypotetisk tilfelle der eiendommen ikke ble kjøpt. Det foretas derfor, i likhet med *Storhaugen Invest*, i realiteten en strukturell justering. Etter Rt. 2014 s. 614 *Albir*, må det erkjennes at kritikken mot *Storhaugen Invest* i juridisk teori neppe kan ha gjort vesentlig inntrykk i Høyesterett.

4.7 *Strukturell justering av ansvarlig lånekapital – Lyse Energi II dommen*

4.7.1 *Innledning om ansvarlige lån*

Aksjonærer står i utgangspunktet fritt i valget mellom å finansiere selskaper ved lån eller egenkapital. Imidlertid kan som nevnt prinsippene om tynn kapitalisering sette begrensninger hvor selskapet er finansiert med påfallende mye gjeld og lite egenkapital med det resultat at lånebeløpet overstiger selskapets lånekapasitet. Det kan i slike tilfeller være hjemlet med en strukturell justering i form av omklassifisering av lån til egenkapital i medhold av det økonomiske substansunntaket.³¹⁷

Spørsmålet som skal analyseres her er imidlertid ikke om skattyters vekting av egenkapitalinnskudd kontra lånefinansiering kan sensureres, men i hvilken grad skattyters valgte låneavtalestruktur kan justeres. Lånetransaksjoner vil normalt bestå av en rekke strukturelle vilkår slik som løpetid, eventuell avdragsfrihet og ansvarlighet. Disse strukturelle vilkår skiller seg fra rentesatsen – et prisvilkår som kan undergis en ren prisjustering. I tilknytning til Lyse Energi II dommen vil problemstillingen i det følgende være om skattemyndighetene kan justere ansvarlig lånekapital.

Ansvarlig lånekapital innebærer at långiver vedtar å stå tilbake for samtlige av selskapets øvrige kreditorer ved konkurs eller annen oppløsning av selskapet, jf. dekningsloven § 9-7 nr. 2. Samtidig er det forutsatt at långiver ved likvidasjon av selskapet skal ha full dekning før aksjonærene kan ta ut selskapets nettoformue.³¹⁸ Den ansvarlige lånekapitalyter gis dermed bedre prioritet enn aksjonærene, men dårligere prioritet enn ordinære långivere. Selv om ansvarlig lånekapital er å anse som gjeld og ikke egenkapital, gjør ansvarligheten at lånetransaksjonen har fellestrekk med egenkapital. Ansvarligheten gjør at långiveren har en mer utsatt posisjon enn andre långivere og dermed tar en risiko som ligger tett opptil risikoen ved egen-

³¹⁷ Retningslinjene punkt 1.65 (2)-(4)

³¹⁸ Woxholth s. 150

kapitalinnskudd. Den forhøyede risiko som ligger i at kreditor for et ansvarlig lån først får dekning etter vanlige långivere avspeiles i en høyere markedsrente for ansvarlige lån. Det var denne høyere rente som ble drøftet prisjustert i Lyse Energi II dommen.

4.7.2 *Lagmannsrettens dom i Lyse Energi II – Sakens faktum*

Kraftselskapet Lyse Energi AS, dannet i 1998, var eid av seksten kommuner i Rogalandsområdet. Av aksjonæravtalen fulgte det at eierkommunene skulle yte Lyse Energi et betraktelig *ansvarlig* lån på 3 milliarder kroner. Det ansvarlige lånet ble etablert i mai 2001 i forbindelse med nedskrivning av egenkapitalen (overkursfondet) og hadde lang løpetid på 67 år. Lånet skulle forrentes etter ”3 måneders NIBOR” (Norwegian Interbank Offered Rate), som er den gjennomsnittlige pengemarkedsrenten ved utlån mellom norske banker, med tillegg av 2 prosentpoeng.³¹⁹

Ordningen med rentebetaling på lån i stedet for utbyttebetaling på egenkapital innebar gunstige skattekonsekvenser. Dersom midlene var blitt i selskapet som egenkapital, måtte eierkommunene tatt ut avkastningen i form av utbytte. Dette utbyttet ville blitt betalt av beskattede midler, jf. 28 % selskapsskatt på dette tidspunkt. Det ansvarlige lånet innebar at Lyse Energi fikk fradrag for renteutgiftene, samtidig som eierkommunene ikke betalte inntektsskatt.³²⁰

Ligningsnemnda traff vedtak om å nedjustere tilleggsrenten fra avtalte 2 prosentpoeng til 0,75 prosentpoeng. Ved klage til overligningsnemnda ble renten skjønnsmessig fastsatt til NIBOR pluss 1 prosentpoengs påslagsrente. Spørsmålet slik det sto for Lagmannsretten var derfor om renten på det ansvarlige lånet kunne nedjusteres fra 2 prosentpoengs til 1 prosentpoengs påslagsrente med konsekvenser for selskapets fradragsrett i medhold av sktl. § 13-1.³²¹

4.7.3 *Spørsmålet om strukturelle justering formuleres eksplisitt i problemstillingen*

Lagmannsretten så i premissene bort fra spørsmålet om løpetid, oppsigelsesadgang eller lånebeløpets størrelse ga grunnlag for strukturell justering i seg selv og formulerte problemstillingen som et spørsmål om lånets ansvarlighet:

³¹⁹ Utv-2009-210 s. 2 *Lyse Energi II* (annet avsnitt). Nedskrivningen av selskapets overkursfond ble opprinnelig foretatt i 1999. Omdanningen av overkursfondet til ansvarlig lånekapital ble imidlertid ikke gjennomført i samsvar med aksjelovens regler før i 2001. Ved Rt. 2007 s. 630 *Lyse I* ble det derfor slått fast at det ansvarlige lånet først ble etablert 18. mai 2001.

³²⁰ Utv-2009-210 *Lyse Energi II* s. 4

³²¹ Ibid. s. 2

*”Spørsmålet i saken er om Lyse Energi AS overfor en uavhengig långiver overhodet ville inngått en avtale om et ansvarlig lån på 3 milliarder.”*³²²

Overligningsnemnda formulerte motsetningsvis problemstillingen på denne måten:

*”Hovedproblemstillingen blir om avtalt rentesats på selskapets ansvarlige lån er høyere enn markedsrente”.*³²³

Det interessante ved Lagmannsrettens problemformulering er at retten legger opp til en separat drøftelse av vilkårene for strukturell justering.³²⁴ Retten knytter problemstillingen til en hypotetisk vurdering av om en uavhengig låntaker ville ha strukturert låneavtalen som ansvarlig lånekapital. Dette i motsetning til overligningsnemnda som gikk direkte på spørsmålet om prissetting av lånet i form av rentesats. Nemndas sammenblanding av prisjustering og strukturell justering ligner den fremgangsmåte som ble benyttet i *Storhaugen Invest* og *Vikholmen*.

Lagmannsretten la til grunn at ”renten ville vært minst like høy hvis det ansvarlige lånet kom fra en uavhengig långiver”.³²⁵ Forutsatt at selve ansvarligheten var markedsmessig, var det derfor etter rettens skjønn ikke grunnlag for prisjustering av renten. Nedjustering av lånerenten kunne derfor utelukkende foretas dersom en uavhengig långiver ikke ville innlatt seg på en ansvarlig låneforstreking. Da ville renten måtte justeres i forhold til lån i markedet med vanlig prioritet. Det var ikke omtvistet at slike markeds lån med vanlig prioritet var underlagt lavere rentesats enn ansvarlig lån.

4.7.4 Lagmannsrettens drøftelse av vilkårene for strukturell justering

Ved drøftelsen av vilkårene for strukturell justering tar Lagmannsretten utgangspunkt i somstrukturert prinsippet, jf. Retningslinjenes punkt 1.64 (1.36). Derne st henviser retten til unntakene fra dette prinsippet; økonomisk substansunntaket og kommersiell irrasjonalitetsunntaket. Lagmannsretten drøfter ikke det økonomisk substansunntakets anvendelse på den ansvarlige lånestruktur nærmere, da dette unntaket etter rettens skjønn omhandler ”proformatilfelle-

³²² Utv-2009-210 *Lyse Energi II* s. 5

³²³ Ibid. s. 6

³²⁴ Et senere utsagn i dommen reiser imidlertid tvil om Lagmannsretten er seg bevisst at den drøfter strukturell justering: ”Det fremstår ikke for lagmannsretten som uten videre naturlig at § 13-1 kan forstås slik at man skal overprøve spørsmålet om det bør tas opp et ansvarlig lån i en slik situasjon”, jf. Utv-2009-210 *Lyse Energi II* s. 8. Dette er jo nettopp spørsmålet ved strukturell justering.

³²⁵ Utv-2009-210 *Lyse Energi II* s. 7

ne”.³²⁶ Dette er neppe en holdbar konklusjon, da proforma er et spørsmål om faktumfastsettelse og ikke omhandles i Retningslinjene, se drøftelsen i kapittel 3.2.1.1.

Foruten en generell henvisning til det kommersielle irrasjonalitetsunntakets relevans foretar Lagmannsretten imidlertid ikke noen konkret subsumpsjon av sakens faktum under dette unntaket.³²⁷ Det nærmere innhold i RTA-standardens (totrinnsanalysen av realistisk tilgjengelige alternativer og ”klart mer attraktivt”) anvendes således ikke på faktum. Retten viser i stedet til Fornebo dommen og legger til grunn at ”det grunnleggende elementet ved vurderingen”³²⁸ er om den foretatte ordning er ”forretningsmessig rimelig og naturlig”.³²⁹ Det kan derfor synes uklart om Lagmannsretten konkret ville hjemlet en strukturell justering i Fornebo-standardens vage skjønnsstema eller Retningslinjenes mer presise vilkår. Det mest nærliggende er at retten nok benyttet det kommersielle irrasjonalitetsunntaket og Fornebo-standardens i kombinasjon. I den videre drøftelse, subsumpsjonen av fakta, viser imidlertid retten til omstendigheter ved låneopptaket som er relevant etter RTA-standardens. Lagmannsretten drøfter inngående de egenskaper ved det ansvarlige lånet som, etter rettens skjønn, gjorde det mer attraktivt for Lyse Energi å strukturere lånet som et ansvarlig lån enn et ordinært lån. Lagmannsretten la her avgjørende vekt på at det ansvarlige lånet ga Lyse Energi, med sin ekspansive strategi, handlefrihet og basis for raskt å kunne innhente ytterligere kapital ved behov. Lyse Energi hadde oppkjøpsambisjoner og et stort lån med lang løpetid ga selskapet finansiell fleksibilitet til å ta opp ytterligere lån på det alminnelige lånemarkedet.³³⁰ Lagmannsretten var riktignok av den forståelse at et alminnelig lån, uten etterprioritet, var mer attraktivt med hensyn til rentesats; det var ikke tvilsomt at Lyse Energi kunne oppnådd lavere rentesats ved et låneopptak i markedet uten ansvarlighet. Dette ble imidlertid, etter Lagmannsrettens skjønn, oppveid ved at ytterligere låneopptak utover de 3 milliarder i ansvarlig lån ble rimeligere fordi disse låneopptakene ikke konkurrerte med det ansvarlige lånet med hensyn til prioritet.³³¹

Selv om disse vurderinger av attraktivitet ikke eksplisitt ble knyttet til RTA-standardens totrinnsvurdering, lar de seg med letthet innpasse i en slik vurderingsmodell. Det realistisk tilgjengelige alternativ var for Lyse Energi et ordinært låneopptak på markedet. Videre er det naturlig å forstå Lagmannsrettens premisser slik at attraktivitetsnivåene ved henholdsvis alminnelig lån og ansvarlig lån ble veid mot hverandre. Lagmannsretten uttaler ikke eksplisitt at et ordinært låneopptak måtte være ”klart mer attraktivt” for å hjemle en strukturell justering,

³²⁶ Utv-2009-210 *Lyse Energi II* s. 6

³²⁷ I.c.

³²⁸ Utv-2009-210 *Lyse Energi II* s. 5

³²⁹ Rt. 1940 s. 598 s. 601

³³⁰ Utv-2009-210 *Lyse Energi II* s. 9

³³¹ Ibid. s. 9-10

men gir uttrykk for at den foretatte transaksjon må anerkjennes der det hefter tvil ved attraktivitetsnivåene:

*”I en slik situasjon, hvor synspunktene blant fagfolk på hensiktsmessigheten av et ansvarlig lån slik som i dette tilfellet er delte, er det etter lagmannsrettens mening ikke tilstrekkelig grunnlag for å konstatere at vilkårene etter § 13-1 for skjønnslingning er til stede ... ”.*³³²

Uttalelsen kan tas til inntekt for at Lagmannsretten la til grunn at attraktiviteten ved et ordinært låneopptak måtte ha vært klart større enn attraktiviteten ved det faktiske ansvarlige låneopptaket dersom vilkårene for strukturell justering skulle være oppfylt, jf. ”klart mer attraktivt”. Imidlertid er uttalelsen uklar. Det kan like gjerne ha vært Lagmannsrettens hensikt å gi uttrykk for en bevisvurdering, jf. hovedregelen om at det mest sannsynlige faktum skal legges til grunn på sivilprosessens område. Selv om uttalelsen i utgangspunktet gir støtte til et vilkår om ”klart mer attraktivt” har ikke uklare premisser i en underrettsdom avgjørende vekt.

Etter dette traff Lagmannsretten den konklusjon at det ansvarlige lånet ikke kunne omklassifiseres til et ordinært lån. Det var derfor heller ikke grunnlag for en prisjustering av renten.

5 Avsluttende bemerkninger

5.1 Metoden ved strukturelle justeringer

Oppgavens problemstilling, anvendelsesområdet for strukturelle justeringer, må som gjennomgangen viser, dels besvares ved en avgrensning mot tilgrensende rettsinstitutter, dels de spesifikke vilkår i Retningslinjene punkt 1.65. Dette legger grunnlaget for en kompleks metode, der de relevante problemstillinger må adresseres i riktig rekkefølge. Jeg vil i det følgende gi en kortfattet oversikt over den fremgangsmåte som må benyttes for å autorisere en strukturell justering.

1. I første trinn må det avgrenses mot bevisbedømmelse, rettslig klassifikasjon og den ulovfestede gjennomskjæringsnormen. Spesielt viktig er det å sonde mellom strukturell justering etter Retningslinjenes punkt 1.65 og justering i medhold av gjennomskjæringsnormen. Til tross for at situasjoner der GAARs kommer til anvendelse kan være påfallende like situasjoner der det kan gjennomføres strukturell justering, er både vilkår og rettsfølger ulike. Det heter således om nasjonale GAARs i kommentarene at ”[s]uch rules are part of the basic domestic rules set by domestic tax laws for determining which facts give rise to tax liability; **these**

³³² Utv-2009-210 *Lyse Energi II* s. 10

rules are not addressed in tax treaties and therefore not affected by them³³³ (min utheving). Som strukturert prinsippet vil derfor ikke i utgangspunktet legge begrensninger for gjennomskjæringsnormen. Det er imidlertid, etter mitt skjønn, grunn til å anta at det går en viss grense for hvor omfattende adgangen til gjennomskjæring kan være i intern rett uten å komme i konflikt med som-strukturert prinsippet. Dersom interne gjennomskjæringsbestemmelser benyttes til å uthule som-strukturert prinsippet, er det tvilsomt om kommentarens standpunkt om adskilte anvendelsesområder kan opprettholdes. Det kan derfor ikke utelukkes at som-strukturert prinsippet i fremtiden vil kunne legge begrensninger på lignings- og domsmyndigheters anvendelse av gjennomskjæringsnormen.

2. I andre trinn må det problematiseres om justeringen kan gjøres ved en ren prisjustering eller om en forutgående strukturell justering må foretas først. Distinksjonen mellom prisvilkår og strukturelle vilkår trekkes etter en materiell bedømmelse der enhver justering som etter sin art angår kontraktens struktur, i motsetning til pris, kvalifiserer som en strukturell justering. Hvor omfattende den strukturelle justering er har ingen relevans for distinksjonen. En liten justering av strukturelle vilkår må således i likhet med omfattende justeringer oppfylle vilkårene i Retningslinjene punkt 1.65.

3. I tredje trinn er spørsmålet om det foreligger sammenlignbare ukontrollerte transaksjonsstrukturer. Er dette tilfellet vil armlengdeprinsippet i § 13-1 (1) ikke være krenket, da vilkårene ikke ”differ from those which would have been made between independent enterprises”.³³⁴ Det vil derfor ikke være hjemmel for strukturell justering. At ikke sammenlignbare ukontrollerte strukturer kan identifiseres er, på den annen side, ikke et tilstrekkelig vilkår for strukturell justering. Unike avtalestrukturer kan være i overensstemmelse med armlengdeprinsippet. Dette poeng har kommet til uttrykk i Rt. 2001 s. 1265 *Agip*: ”At Agip alene hadde avtaler om partiell bølgeskadedekning som selskapet betalte for, kan i seg selv ikke være tilstrekkelig grunnlag for å se bort fra dette punkt i forsikringsavtalene ved inntektsbeskatningen.”³³⁵ Det må derfor foretas en *hypotetisk armlengdevurdering* etter unntakene fra som-strukturert prinsippet. Etter det økonomiske substansunntaket er spørsmålet om den økonomiske substans avviker fra formen som følge av interessefellesskapet. Noe vilkår om prishindring oppstilles ikke. Under det andre alternative unntaket er spørsmålet om transaksjonen var kommersielt irrasjonell. Dette besvares i tråd med RTA-standardens kumulative vilkår om ”realistisk tilgjengelig” og ”klart mer attraktiv” alternativtransaksjon.³³⁶

³³³ OECDs Kommentarer Art. 1 para. 22.1

³³⁴ OECDs Mønsterskatteavtale artikkel 9 (1)

³³⁵ Rt. 2001 s. 1265 s. 1283

³³⁶ Retningslinjene punkt 1.34

4. I fjerde trinn må det undersøkes om strukturell justering er hjemlet i intern rett, jf. § 13-1. Det er ikke tilstrekkelig at strukturelle justeringer alene er autorisert i armlengdebestemmelse tilsvarende mønsterskatteavtalens art. 9. Det er omtalt som "the golden rule of tax treaty law" at skatteavtalebestemmelser kun kan legge begrensninger på intern rett, men ikke selv hjemle skatteplikt.³³⁷ En strukturell justering må således ha hjemmel i § 13-1, samtidig som den konkrete skatteavtale ikke legger begrensninger på det som følger av intern rett. Spørsmålet har imidlertid mindre praktisk betydning for strukturelle justeringer, da § 13-1 (4) med sin henvisning til Retningslinjene nærmest innebærer en sektormonisme i skatteavtalesituasjonen. Det er derfor lite praktisk at en strukturell justering er autorisert etter skatteavtale uten å være hjemlet i § 13-1.

5. Dersom en strukturell justering er hjemlet i § 13-1, og art. 9 ved eventuell skatteavtale ikke legger begrensninger, skal den etterfølgende prisjustering bygge på den restrukturerte transaksjon. Den restrukturerte kontrollerte transaksjons prissetting skal således sammenlignes med en tilsvarende strukturert transaksjons pris. Strukturell justering er derfor ikke et mål i seg selv – kun et forstadium for riktig prisjustering etter armlengdeprinsippet.

6. En prisjustering basert på en underliggende strukturell justering kan også forplikte skattemyndighetene i den annen skatteavtalestat til å foreta en korresponderende retting basert på den restrukturerte avtale, jf. mønsterskatteavtalen art. 9 (2). Uten slik korresponderende retting vil det kunne oppstå økonomisk dobbeltbeskatning. Bestemmelsen i art 9 (2) pålegger imidlertid ikke den andre stats ligningsmyndigheter en absolutt plikt; korrespondere retting er kun pliktig der den annen stat er enig i den justering som er foretatt.³³⁸ Det sentrale poeng i denne sammenheng er atplikten til korresponderende retting etter art. 9 (2) ikke er begrenset til situasjoner hvor det kun foreligger en ren prisjustering, men omfatter også prisjustering som bygger på en restrukturert transaksjon.³³⁹ En tilsvarende plikt til korresponderende retting kan motsetningsvis ikke oppstilles ved justering etter omgåelsesnormen. Mønsterskatteavtalen art. 9 (2) omfatter etter sin ordlyd ikke GAARs i intern nasjonal rett (i Norge; omgåelsesnormen).

³³⁷ Bullen 2010 s. 730

³³⁸ Zimmer s. 165. Det kan imidlertid problematiseres i hvilken utstrekning den annen stat plikter å foreta korresponderende retting etter art. 9 (2). Bullen konkluderer med at det foreligger plikt til retting dersom de strukturelle justeringer er gjennomført i tråd med art. 9 tolket etter Retningslinjene, jf. Bullen (2010) s. 341. Spørsmålet skal ikke forfølges her.

³³⁹ Bullen 2010 s. 731

5.2 *Strukturelle justeringer – et tilnærmet ubeskrevet blad i høyesterettspraksis*

Til tross for at strukturelle justeringer utgjør snevre unntak fra hovedregelen om at transaksjoner skal legges til grunn slik de er strukturert av partene, jf. som strukturert-prinsippet, har oppgaven identifisert flere rettsavgjørelser der en justert struktur de facto er lagt til grunn for internprissettingen.³⁴⁰ Analysen av rettspraksis viser imidlertid at Høyesterett i liten grad har adoptert den metode for strukturell justering som oppstilles i Retningslinjene. Vår øverste domstol har således ikke drøftet vilkårene for strukturell justering separat, men blandet prisjustering og strukturell justering sammen, jf. Rt. 2003 s. 536 *Storhaugen Invest*. Retningslinjenes metode, herunder RTA-standarden, har ennå ikke eksplisitt vært anvendt av Høyesterett ved drøftingen av om vilkårene for strukturell justering er oppfylt. Høyesterett har i stedet anvendt de generelle vilkårene i § 13-1 sammenholdt med Fornebostandarden som rettsgrunnlag. Dette tilslører for det første at terskelen for strukturell justering er høyere enn for ren prisjustering. Dernest kan det påpekes at RTA-standarden utgjør et mer presist redskap for å vurdere adgangen til strukturell justering enn den meget skjønnspregede Fornebostandarden. Det kan derfor etter mitt skjønn med rette reises kritikk mot Høyesteretts rettskildebruk. Det er imidlertid interessant at den her analyserte lagmannsrettspraksis eksplisitt formulerer problemstillingen om strukturell justering, samt langt på vei anvender de oppstilte unntak i Retningslinjenes punkt 1.65.³⁴¹ Det gjenstår å se om Høyesterett vil følge i lagmannsrettens fotspor.

³⁴⁰ Rt. 2001 s. 1265 *Agip*, Rt. 2003 s. 536 *Storhaugen Invest* og Utv. 2013 s. 1668 *Vikholmen*.

³⁴¹ Jf. Utv-2009-210 *Lyse Energi II*.

6 Litteraturliste

6.1 Juridisk litteratur

6.1.1 Bibliografi

Mads Henry Andenæs, Rettskildelære, 2. utgave, Oslo 2009.

Bettina Banoun, Omgåelse av skattereglene – En studie av høyesterettspraksis, Cappelen Akademiske forlag, Oslo 2003.

Joachim M. Bjerke, Internprising, 1. utgave, Tano Aschehoug, Oslo 1997.

Andreas Bullen, Arm's Length Transaction Structures: Recognising and restructuring controlled transactions in transfer pricing, IBFD Doctoral Series, 2010.

Torstein Eckhoff og Jan Helgesen, Rettskildelære, 5. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2001.

Hugo Matre, Gjeld og Renter – fradragsrett for renter ved hybridfinansiering av aksjeselskaper, 1. utgave, Gyldendal, Oslo 2012.

Anne Robberstad, Sivilprosess, Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS, Oslo 2009.

Geir Woxholth, Selskapsrett, 3. utgave, Gyldendal Norsk Forlag, Oslo 2010.

Frederik Zimmer, Internasjonal inntektsskatterett, 4. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2009.

Frederik Zimmer, Lærebok i skatterett, 6. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2009. (*For å skille Zimmers bøker fra 2009, er denne omtalt som "Lærebok" ved referering i fotnote*).

6.1.2 Artikler

Andreas Bullen og Fredrik Anfinssen, OECDs retningslinjer som rettskilde utenfor skatteavtalesituasjoner: duplikk, Skatterett – Tidsskrift for skatt og avgift nr. 2, Universitetsforlaget, Oslo 2014.

Andreas Bullen, ”Selskapsfremmede” disposisjoner á la Storhaugen Invest: Kritisk analyse og raffinert vurderingsmodell basert på OECDs retningslinjer for internprising, Skatterett – Tidsskrift for skatt og avgift nr. 3, Universitetsforlaget, Oslo 2010.

Frederik Zimmer, Høyesterettsdommer i skattesaker 2010, Skatterett – Tidsskrift for skatt og avgift nr. 4, Universitetsforlaget, Oslo 2011. (Referert i fotnote som ”Høyesterettsdommer i skattesaker 2010”)

Frederik Zimmer, Bevis, rettsanvendelse, omgåelse, internprising: Forholdet mellom problemstillinger i skatteretten, Skatterett – Tidsskrift for skatt og avgift nr. 3, Universitetsforlaget, Oslo 2012. (Referert i fotnote som ”Skatterett”)

Kristian Kvamme, Skatteloven § 13-1 og forholdet til OECDs retningslinjer, Skatterett – Tidsskrift for skatt og avgift nr. 1, Universitetsforlaget, Oslo 2014.

Andreas Bullen, Forelesningsnotater, Norsk Olje og Gass Skatteseminar, 7. mai 2013.

6.2 Høyeste- og lagmannsrettsavgjørelser

Rt. 1925 s. 472 (Kallevig)

Rt. 1937 s. 271 (Hazeland)

Rt. 1938 s. 707 (A/S Bogstadveien 15)

Rt. 1940 s. 598 (Fornebo)

Rt. 1965 s. 954 (Kosmos)

Rt. 1966 s. 1189

Rt. 1975 s. 944 (Harper)

Rt. 1978 s. 60 (Smestad)

Rt. 1981 s. 256 (Bjerke Pedersen)

Rt. 1991 s. 1182 (Brenden)

Rt. 1994 s. 1064 (Bye)

Rt. 1995 s. 124 (Schlumberger)

Rt. 1997 s. 1580 (Zenith)

Rt. 2001 s. 1265 (Agip)

Rt. 2002 s. 747 (Ptarmigan Trust)

Rt. 2003 s. 536 (Storhaugen Invest)

Rt. 2005 s. 1434 (Total)

Rt. 2006 s. 1232 (Telenor)

Rt. 2006 s. 1573 (Dillerud)

Rt. 2007 s. 209 (Hex)

Rt. 2007 s. 1025 (Statoil Angola)
Rt. 2008 s. 1307 (Alvdal Bygg)
Rt. 2008 s. 1510 (Reitan)
Rt. 2009 s. 105
Rt. 1999 s. 1087 (Baker Hughes)
Rt. 2010 s. 790 (Telecomputing)
Rt. 2012 s. 1025 (Nordland)
Rt. 2014 s. 614 (Albir)

Utv. 2000 s. 1275
Utv. 2009 s. 210 (Lyse Energi II)
Utv. 2013 s. 1668 (Vikholmen)

6.3 *Ligningspraksis*

Klagenemndas kjennelse av 24 april 1989

6.4 *Lover*

Lov av 18. august 1911 nr. 8 om skatt av formue og inntekt (skatteloven)

Lov av 29. juli 1949 nr. 15 om adgang for Kongen til å inngå overenskomster med fremmede stater til forebyggelse av dobbeltbeskatning m.v.

Lov av 13. juni 1980 nr. 24 om ligningsforvaltning (ligningsloven)

Lov av 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven)

Lov av 26. mars 1999 om skatt av formue og inntekt (skatteloven)

6.5 *Forarbeider og departementale skriv*

Ot. Prp. nr. 26 (1980-1981)
Ot. Prp. nr. 86 (1997-1998)
Ot. Prp. nr. 62 (2006-2007)

”Høringsnotat om internprising mellom nærstående foretak: Gjennomføring av OECDs Retningslinjer for internprising og særlige oppgave- og dokumentasjonskrav”, Finansdepartementet 2007.

6.6 *Internasjonale rettskilder*

OECD Model Convention with respect to Taxes on Income and Capital, in OECD 2010 Report.

Wienkonvensjonen av 1969

OECDs Retningslinjer av 1995 i norsk oversettelse

OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, 2010.

OECD Commentaries on the Articles of the Model Tax Convention, 2010 Report.

Business Insurances, Captive Report 2011

Oxford Advanced Learner's Dictionary, Fifth Edition, Oxford University Press, Oxford 1995